

Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte für Klagen aus dem schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

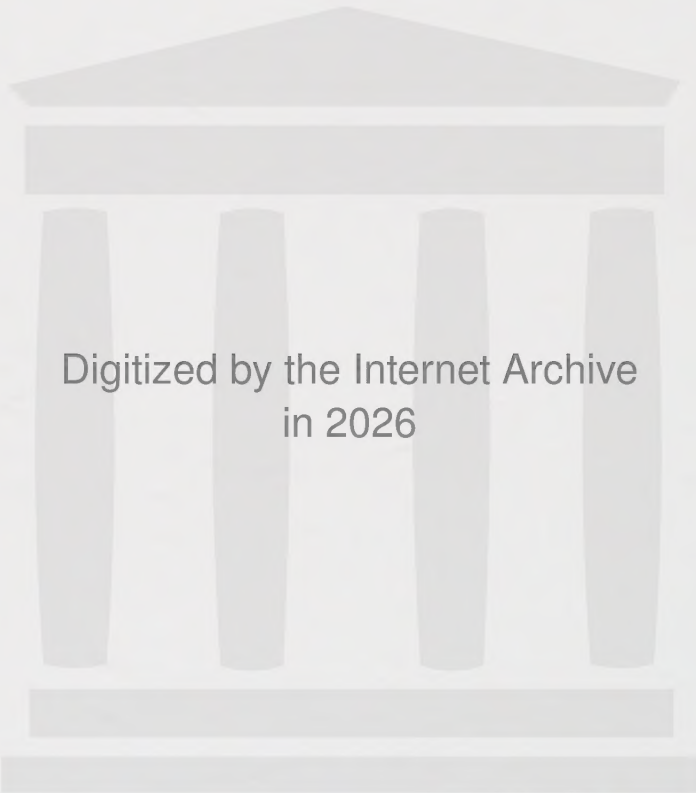
ERNST WALTER KISTLER
von Bözen und Brugg (Kt. Aargau)

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder



Juris Druck + Verlag Zürich
1980





Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte für Klagen aus dem schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ERNST WALTER KISTLER
von Bözen und Brugg (Kt. Aargau)

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder



Juris Druck + Verlag Zürich
1980

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Juli 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Meinem Vater
Meinem Bruder

Meiner Mutter

Ich danke Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder für die Anregung zu dieser Arbeit und für die ihr entgegengebrachte grosse Geduld und Aufmerksamkeit.

Ich danke weiter meinem verehrten Lehrmeister, Herrn Dr. Hans Frei, Fürsprecher und Notar, Baden, für seine kritische Durchsicht und seine wertvollen Anregungen, die auf reicher juristischer Erfahrung dank jahrzehntelanger forensischer Tätigkeit und auf breitem und vielschichtigem Wissen beruhten.

Schliesslich danke ich Frau Maria Karpf und Frau Lydia Voser dafür, dass sie langmütig mein Manuskript in eine ansprechend lesbare Form gebracht haben.

Scire leges non hac est verba earum
tenere, sed vim ac potestatem.

(D. 1, 3, 17)

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	XI
Verzeichnis der kantonalen Zivilprozessordnungen	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
 Einleitung	 1
 Erster Teil: OERTLICHE ZUSTAENDIGKEIT DER GERICHTE	 3
§ 1 Oertliche Zuständigkeit	3
I. Zuständigkeit im allgemeinen	3
A. Begriff der Zuständigkeit	3
B. Bedeutung der Zuständigkeit	4
a) Zuständigkeit als Prozessvoraussetzung	4
b) Folgen der Unzuständigkeit	4
II. Oertliche Zuständigkeit im besonderen	5
A. Unterschied zwischen örtlicher Zuständigkeit und Gerichtsstand	5
B. Arten von Gerichtsständen	6
a) Vorbemerkung	6
b) Allgemeiner und besonderer Gerichtsstand	6
c) Persönlicher und sachlicher Gerichtsstand	7
d) Ausschliesslicher und wählbarer Gerichtsstand	7
e) Zwingender und dispositiver Gerichtsstand	8
C. Perpetuatio fori	10
§ 2 Quellen des Gerichtsstandsrechts	11
I. Kantonales Recht	11
II. Bundesrecht	12
A. Vorbemerkung	12
B. Abgrenzung der kantonalen Justizhoheiten	13
a) Allgemeines	13
b) Gerichtsstandsgarantie	14

C. Ergänzende Vorschriften	16
III. Lücken	18
A. Vorbemerkung	18
B. Vermutung ungeschriebener Bundesverfahrensnormen	20
a) Rechtssicherheit	20
b) Rechtsnatur des Institutes	21
c) Richterliche Lückenfüllung	22
§ 3 Die Prorogation	23
I. Begriff	23
II. Arten	24
A. Vereinbarung	24
B. Einlassung	26
III. Sinn der Unterscheidung	27
IV. Anwendung	29
 Zweiter Teil: GERICHTSSTAENDE IM SchKG	 33
§ 4 Begriff und Quellen des Schuldbetreibungsrechtes	33
§ 5 Aufgaben der Gerichte im Rahmen des Betreibungsrechtes	34
I. Schuldbetreibung und Zivilprozess	34
II. Arten der Klagen	36
A. Materiellrechtliche Klagen	36
B. Betreibungsrechtliche Klagen	37
III. Unterschiedliche Wirkung von materiellrechtlichen und von betreibungsrechtlichen Klagen	39
IV. Unterschiedliche Kompetenz in der Gerichtsstandsbestim- mung	40
§ 6 Materiellrechtliche Streitigkeiten	41
I. Feststellungsklagen	41
A. Forderungsklage	41
B. Klage auf Feststellung der Vollschild der Ehefrau	42

C. Aberkennungsklage	44
D. Forderungsklage in der Wechselbetreibung	46
E. Arrestprosequierungsklage	48
F. Forderungsklage im ordentlichen Nachlassvertrags- verfahren	50
G. Pfändungsprosequierungsklage	53
H. Retentionsprosequierungsklage	54
II. Rückforderungsklage	56
III. Schadenersatzklagen	58
A. Verantwortlichkeitsklage gegen Beamte	58
B. Ausfallforderungsklage	59
C. Schadenersatzklage gegen Arrestgläubiger	60
§ 7 Betreibungsrechtliche Streitigkeiten	63
Erste Gruppe: Rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten	63
I. Inhalt der Klagen	63
A. Begehren um Bewilligung eines nachträglichen Rechts- vorschlages	63
B. Rechtsöffnungsbegehren	64
C. Begehren um Aufhebung oder Einstellung der Betrei- bung	65
D. Begehren um Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung	66
E. Klage auf Feststellung neuen Vermögens des Konkur- siten	67
F. Arrestaufhebungsklage	73
II. Gerichtsstand	74
a) Grundsatz	74
b) Betreibungsort	76
III. Prorogation	78
Zweite Gruppe: Betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwir- kung auf materiellrechtliche Verhältnisse	79

I. Klagen	79
A. Widerspruchsklagen	79
B. Anschlussklage	88
C. Lastenbereinigungsklage in der Betreuung	92
D. Lastenbereinigungsklage im Konkurs	93
E. Kollokationsklage	95
F. Aussonderungsklage	98
G. Klage des Abtretungsgläubigers	101
H. Klage auf Rückbringung heimlich oder gewaltsam fortgeschaffter Retentionsgegenstände	103
I. Anfechtungsklagen	107
II. Gerichtsstand insbesondere	113
a) Erfordernis der Einheitlichkeit	113
b) Betreuungsort	119
III. Prorogation insbesondere	123
§ 8 Begehren und einseitige Verfügungen	124
I. Arrest-, Ausweisungs- und Nachlassbegehren	124
II. Einseitige Verfügungen	125

Anhang:

Gerichtsstandsbestimmungen in den kantonalen Zivilprozess- ordnungen	127
Widerspruchsklagen	128
Anschlussklage	129
Aussonderungsklage	130
Klage auf Rückbringung heimlich oder gewaltsam fortgeschaffter Retentionsgegenstände	131
Anfechtungsklagen	132

LITERATURVERZEICHNIS

- AUBERT JEAN-FRANCOIS, *Traité de droit constitutionnel suisse*, 2 Bände, Paris und Neuenburg 1967
- BERGER PETER, *Die rechtliche Natur und der Gerichtsstand der Klagen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes*, Diss. Basel 1955 (MaschSchr.)
- BERZ HANS PETER, *Der paulianische Rückerstattungsanspruch*, Diss. Zürich 1960
- BLOMEYER ARWED, *Zivilprozessrecht*, Berlin, Göttingen und Heidelberg 1963
- BLUMENSTEIN ERNST, *Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes*, Bern 1911
- Die Anwendung des Gesetzes durch den Betreibungs- und Konkursbeamten, ZBJV 68 (1932) 353 ff. (Anwendung)
 - Die Zwangsvollstreckung für öffentlich-rechtliche Geldforderungen nach schweizerischem Recht, Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Bern zur Feier des 50-jährigen Bestehens des Schweizerischen Bundesgerichts, Bern 1924 (Festgabe)
- BOECKLI OTTO, *Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau mit Erläuterungen*, Frauenfeld 1930
- BOESCHENSTEIN BRUNO, *Das Widerspruchsverfahren*, BlSchK 22 (1958) 1 ff.
- BONNARD HENRI, *Le séquestre d'après la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Diss. Lausanne 1914
- BRAND ERNST, *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Diss. Bern 1902 (Anfechtung)
- Rechtsöffnungskosten und Aberkennungsklage, A 13 (1909/11) 33 ff. (Rechtsöffnungskosten)
 - Die Anfechtungsklage, ZSR 62 (1943) 182 ff. (Anfechtungsklage)
 - Gerichtsstand der betreibungs- und konkursrechtlichen Klagen, SJK Nr. 1168-1175a (Nr.)
- BRUNNER ERNST, *Das Rechtsöffnungs-Verfahren*, Diss. Bern 1898
- BUEREN BRUNO VON, *Ueber die "Einrede des mangelnden neuen Vermögens" gemäss SchKG Art. 265, SJZ 41 (1945) 265 ff.*
- BURCKHARDT WALTHER, *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*, Bern 1925 (Lücken)
- Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht, Festgabe Fleiner, Tübingen 1927, 59 ff. (Eidgenössisches Recht)

- Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. A., Zürich 1931 (Kommentar)
- CORADI ANDREAS, Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG, Diss. Zürich 1973
- DESCHENAUX HENRI, Der Einleitungstitel, Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel und Stuttgart 1967, 1 ff.
- EICHENBERGER KURT/Beinwil a.S., Beiträge zum aargauischen Zivilprozess, Aarau 1949 (Beiträge)
- Gedanken zu einer neuen aargauischen Zivilprozessordnung, Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Aarau 1969, 457 ff. (Gedanken)
- EICHENBERGER KURT/Arlesheim, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfahrensrecht, ZSR 88 (1969), 2. Halbband 467 ff. (Legiferierung)
- Die aargauische Verwaltungsgerichtsbarkeit im System der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Aarau 1969, 293 ff. (Gerichtsbarkeit)
- FAVRE ANTOINE, De l'acte de défaut de biens, ZSR 50 (1931) 51 ff. (ZSR)
- Droit des poursuites, 3. A., Freiburg 1974
- FEHLMANN ULRICH, Die Einflüsse des Sachenrechts auf Pfändung und Verwertung, Diss. Zürich 1976
- FISCHER CHRISTIAN, Les conventions de prorogation de for inter- et intracantonales en droit fédéral et en procédure civile vaudoise, Diss. Lausanne 1969
- FLACHSMANN JEAN, Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 des SchKG, Diss. Zürich 1927
- FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (Nachdruck 1976)
- FRITZSCHE HANS, Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bände, 2. A., Zürich 1967/8 (Nachdruck 1975)
- FURRER VIKTOR, Die Kollokationsklage nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1979
- GAUGLER HANS, Die paulianische Anfechtung, Band I, Basel 1944
- GOESCHKE R., Kollokationsplan und Kollokationsklage im schweizerischen Betreibungsrecht, Diss. Bern 1915
- GROMME ALFRED, Rechtsvorschlag und Beschwerde im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. Zürich 1967
- GROSSEN JACQUES-MICHEL, Das Recht der Einzelperson, Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel und Stuttgart 1967, 285 ff.

GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. A., Zürich 1972

GULDENER MAX, Ueber dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössischen Betreibungsrecht, ZSR 65 (1946) 185 ff. (Dispositives Recht)

- Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951 mit Supplement 1959 (IIZPR)
- Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. verbesserte und vermehrte A., Zürich 1979 (ZPR)
- Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, ZSR 74 (1955), 1. Halbband 19 ff. (Zwangsvollstreckung)
- Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 80 (1961) 2. Halbband 1 ff. (Bundesprivatrecht)

GUENZBURGER PHYLLIS, Der Gerichtsstand im schweizerischen Zivil- und Zivilprozessrecht, Diss. Basel 1949 (MaschSchr.)

HAAB ROLAND, Einige Probleme der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, ZSR 44 (1925) 243 ff. (Revision)

- Vereinfachungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, ZSR 51 (1932) 245a ff. (Vereinfachung)

HAAS HEINZ, Die prorogatio fori, Diss. Bern 1943

HABERTHUR BRUNO, Praxis zur Basler Zivilprozessordnung, Band I, 2. A., Basel 1964

HABSCHEID WALTHER, Droit judiciaire privé suisse, Genf 1975

HAENZI BRIGIT, Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1979

HAUSER ROBERT, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Basel 1978

HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts, Bern 1977

HELLWIG KONRAD, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Band II, Leipzig 1907

HENKEL HEINRICH, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. A., München 1977

HESS HEINZ, Die materiellen Grundlagen der provisorischen Rechtsöffnung und der Aberkennungsklage, Diss. Bern 1946 (Grundlagen)

- Ist die Aberkennungsklage wirklich eine Klage materiellrechtlicher Natur?, SJZ 44 (1948) 307 ff. (Aberkennungsklage)

HEUSLER ANDREAS, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Erster Entwurf mit Motiven, Bern 1874

HUBER GEORG, Die Einstellung der Betreibung, Diss. Zürich 1947

- HUBER HANS, Artikel 6 ZGB, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1962, 477 ff.
- IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, 5. A., Basel 1976
- JAEGER CARL, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bände, 3. A., Zürich 1911
- JAEGER/DAENKER, Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911-1945, Band I, Zürich 1947
- JOOS ROBERT, Handbuch für die Betreibungsbeamten der Schweiz, Wädenswil 1964
- JUD KONRAD, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Arrestrecht des SchKG, Diss. Zürich 1940
- KELLER/PFISTERER, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Aargau, Aarau 1947
- KILLER ALBERT, Zur Abgrenzung der Verwaltungsgerichtsbarkeit von der Zivilgerichtsbarkeit, Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Aarau 1969, 307 ff.
- KOENIG WILLY, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1967
- KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. A., Bern 1978
- Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954 (Klagerecht)
- LANTER BEAT, Die Insolvenzerklärung als Mittel zur Abwehr von Pfändungen, Diss. Zürich 1976
- LEEMANN HANS, Der schweizerische Verlustschein, Bern 1907
- LENHARD HANS, Widerspruchsverfahren und Widerspruchsklage, Diss. Bern 1943
- LENZI AUGUST, Die Betreibungsstände nach dem schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Diss. Zürich 1934
- LEUCH GEORG, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. A., Bern 1956
- LUDWIG PETER, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Bern 1970
- LUTZ OSKAR, Das Zivilprozesspflegegesetz für den Kanton St. Gallen, 2. A., St. Gallen 1967
- MEIER ISAAK, Iura novit curia, Diss. Zürich 1975
- MOSER KURT, Die Einrede des mangelnden neuen Vermögens, Diss. Zürich 1964
- NIKISCH ARTHUR, Zivilprozessrecht, 2. A., Tübingen 1952

- OTT EUGEN, Das Arrestverfahren nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Diss. Zürich 1900
- OVERBECK ALFRED VON, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2. A., Zürich 1940
- PIGUET JEAN-FRANCOIS, Les contestations de droit materiel dans la poursuite pour dettes et la faillite, Diss. Lausanne 1950
- RAGGENBASS JOSEF, Die privilegierte Anschlusspfändung nach schweizerischem Recht, Diss. Freiburg 1944
- REICHEL ALEX, Das schweizerische Zivilprozessrecht, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 5 (1912) 273 ff.
- RIEMER ISIDOR, Die Wechselbetreibung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1924
- ROSENBERG/SCHWAB, Zivilprozessrecht, 12. A., München 1977
- RUETTIMANN PAUL, Die Ehefrau als Betriebene, BlSchK 38 (1974) 161 ff.
- SCHINDLER JAKOB, Die Arrestaufhebung nach Art. 279 SchKG, Diss. Zürich 1957
- SCHMIDLIN ALEX, Die Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung unter Hinterlegung der Forderungssumme gemäss SchKG 182 Ziff. 4, Diss. Zürich 1978
- SCHMIDT RICHARD, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. A., Leipzig 1906
- SCHOENKE/BAUR, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 9. A., Karlsruhe 1974
- SCHOENKE/KUCHINKE, Zivilprozessrecht, 9. A., Karlsruhe 1969
- SCHUMACHER LEONIE, Gerichtsstand und Betreibungsort der Geschäftsniederlassung, Diss. Zürich 1956
- SCHURTER/FRITZSCHE, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Band I, Zürich 1924
- SCHWARTZ PAUL, Die Bedeutung von Treu und Glauben im Prozess- und Betreibungsverfahren, Festschrift Max Guldener, Zürich 1973, 291 ff.
- STADELMANN HANS, Die luzernischen Gerichtsstandsbestimmungen und deren Verhältnis zum Bundesrecht, Diss. Freiburg 1954
- STARK EMIL, Der Besitz, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1976
- STRAEULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976
- STREBEL WOLFGANG, Die Aussonderung im Konkurs, insbesondere nach Art. 202 SchKG, Diss. Zürich 1958

- SYZ ALFRED, Aberkennungsklage und Aberkennungsprozess gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG, Diss. Zürich 1972
- TUOR/SCHNYDER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. A., Zürich 1979
- WACH ALFRED, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Band I, Leipzig 1885
- WAGNER WALTER, Fragen aus dem Gebiet der Widerspruchsklage, Diss. Zürich 1942
- WALDER HANS ULRICH, Probleme um Art. 260 SchKG und Versuch ihrer Behebung, BLSchK 22 (1958) 65 ff. (Probleme)
- Prozess erledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966 (Prozess-erledigung)
 - Die Oficialmaxime, Zürich 1973 (Oficialmaxime)
 - Passivität = lex fori?, SJZ 71 (1975) 105 ff. (Passivität)
 - Tafeln zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, mit 1. Nachlieferung, Zürich 1978 (Tafeln)
 - Der neue Zürcher Zivilprozess, 2. ergänzte und verbesserte A., Zürich 1979 (Zivilprozess)
- WEBER/BRUESTLEIN/REICHEL, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., Zürich 1901
- WEISSMANN JOSEF, Das Forum Prorogatum, Diss. Zürich 1935
- ZIMMERMANN EMIL, Die Aussonderung im schweizerischen Konkursrecht, Diss. Freiburg 1952
- ZOELLER RICHARD, Zivilprozessordnung, Kommentar, 11. A., München 1974

Weitere Literaturangaben in den Anmerkungen.

VERZEICHNIS DER KANTONALEN
ZIVILPROZESSORDNUNGEN

Aargau	: Zivilprozessordnung vom 12. März 1900
Appenzell A. Rh.	: Gesetz über die Zivilprozessordnung vom 21. April 1980
Appenzell I. Rh.	: Gesetz über die Zivilprozessordnung vom 24. April 1949, mit Aenderung vom 29. April 1973
Basel-Landschaft	: Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung vom 20. Februar 1905/21. September 1961, mit Aenderung vom 7. Juni 1971
Basel-Stadt	: Zivilprozessordnung vom 8. Februar 1875
Bern	: Gesetz betreffend die Zivilprozess-Ordnung vom 7. Juli 1918
Freiburg	: Zivilprozessordnung vom 28. April 1953
Genf	: Loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 Loi de procédure civile du 13 octobre 1920
Glarus	: Zivilprozessordnung vom 2. Mai 1965
Graubünden	: Zivilprozessordnung vom 20. Juni 1954
Jura	: Code de procédure du 9 novembre 1978
Luzern	: Gesetz über die Gerichtsorganisation und die Zivilprozessordnung vom 28. Januar 1913
Neuenburg	: Code de procédure civile du 7 avril 1925
Nidwalden	: Verordnung über den Zivilprozess vom 11. Juli 1970
Obwalden	: Verordnung über den Zivilprozess vom 9. März 1973
St. Gallen	: Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 20. März 1939, mit Aenderung vom 29. Dezember 1970 und 20. Juni 1974
Schaffhausen	: Zivilprozessordnung vom 3. September 1951
Schwyz	: Zivilprozessordnung vom 25. Oktober 1974
Solothurn	: Zivilprozessordnung vom 11. September 1966
Tessin	: Codice di procedura civile del 17 febbraio 1971
Thurgau	: Zivilprozessordnung vom 19. Oktober 1926, mit Aenderung vom 30. Juni 1970

Uri	: Zivilprozessordnung vom 29. März 1928/28. Juni 1963
Waadt	: Code de procédure civile du 14 décembre 1966
Wallis	: Zivilprozessordnung vom 22. November 1919
Zug	: Zivilprozessordnung vom 3. Oktober 1940
Zürich	: Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A	Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs (Bern, 1892-1898 und 1903-1911)
A.	Auflage
a.	auch
a. A.	anderer Ansicht
aarg.	aargauisch
Abs.	Absatz
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Aarau)
alt	frühere Fassung des betreffenden Gesetzes
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGr.	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Wädenswil)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
D.	Digesten
d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
Erw.	Erwägung
etc.	et cetera
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
Extraits	Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du tribunal cantonal de l'état de Fribourg (Fribourg)

f.	und folgende Seite
ff.	und folgende Seiten
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
i. f.	in fine
i. S.	in Sachen/im Sinne
kant.	kantonal
KSchr.	Kreisschreiben
l. c.	loco citato
lit.	litera
MaschSchr.	Maschinenschrift
m. E.	meines Erachtens
N	Note
no.	numéro
Nr.	Nummer
NZ	National Zeitung (Basel, 1842-1977)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943; früher gleichnamiges Gesetz vom 22. März 1893
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Pra.	Die Praxis des Bundesgerichtes (Basel)
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichtes des Kantons Thurgau (Frauenfeld)
resp.	respektive
s.	siehe
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
Sj	La semaine judiciaire (Genf)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
StenBull.	Stenographisches Bulletin
u. a.	unter anderem
usf.	und so fort

u. U.	unter Umständen
V	Verordnung
vgl.	vergleiche
VJS	Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung (Aarau) (seit 1947 AGVE)
VPV	Verordnung des Bundesgerichtes betreffend die Pfändung, Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprü- chen nach dem Bundesgesetz vom 1. April 1908 über den Versicherungsvertrag vom 10. Mai 1910
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908
VZG	Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwer- tung von Grundstücken vom 23. April 1920
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel), neue Folge

EINLEITUNG

Der Enttäuschung des Gläubigers im Augenblicke da er feststellen muss, dass er seine Forderung nur mit obrigkeitlicher Hilfe wird durchsetzen können, soll nicht eine zweite folgen, wenn er erkennt, dass das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht so zügig und einfach abläuft, wie man es sich - zu Recht - gerne vorstellt. Uneinheitlichkeit der Regelung örtlicher Zuständigkeiten der Gerichte und daraus entstehende Unsicherheiten und Streitigkeiten gehören zum Bilde des SchKG.

Die Rechtsprechung gewänne entscheidend an Schnelligkeit, Sicherheit und Klarheit, wenn es gelänge, die Mehrheit der im SchKG enthaltenen Klagen durch ein von Bundesrechts wegen bestimmtes Gericht (und nach einem eidgenössischen Verfahren) behandeln zu lassen. Dass dies möglich sein könnte, versucht die vorliegende Arbeit zu zeigen. Der Verfasser ist überzeugt davon, dass die im SchKG vorgegebenen Bundeskompetenzen es gestatten würden, der heillosen Zersplitterung kantonaler Zuständigkeiten im Sinne klarerer Ordnung zu steuern.

Die Literatur enthält längst Forderungen in diesem Sinne (so z. B. Blumenstein in seinem Handbuch zum SchKG), die aber bisher nicht erfüllt worden sind. Die vorliegende Schrift kann deshalb keinen Anspruch darauf erheben, insgesamt Neuland zu entdecken; sie sucht vielmehr zu ordnen und allenfalls Lösungsmöglichkeiten wieder ins Gespräch zu bringen.

Sie enthält im ersten Teil einerseits allgemeine Ausführungen über die rechtliche Natur der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte und andererseits über die Kompetenzen, die Zuständigkeit zu bestimmen. Im zweiten Teil werden jene Klagen, Begehren usf. des Betreibungsrechtes beschrieben, die in einem gerichtlichen Verfahren zu entscheiden sind. Es wird untersucht, welche Gerichte dafür örtlich zuständig sind, wie die Praxis lautet und da, wo die Regelung nicht befriedigt, wie es sein könnte und sein sollte.

In einem Anhang sind die einschlägigen Bestimmungen der kantonalen Prozessgesetze zusammengestellt. Es ergibt sich, dass die Regelungen ausserordentlich uneinheitlich, unsystematisch und damit verwirrend sind.

Erster Teil

OERTLICHE ZUSTAENDIGKEIT DER GERICHTE

§ 1 Oertliche Zuständigkeit

I. Zuständigkeit im allgemeinen

A. Begriff der Zuständigkeit

Zuständigkeit (1) heisst der umrissene Kreis jener Tätigkeit, die jedes Organ (2) zu erfüllen ermächtigt und verpflichtet ist (3,4). Die Abgrenzung des Wirkungskreises, der Zuständigkeit, hängt von drei Gesichtspunkten (5,6) ab:

1. Vom sachlichen, der nach der Art der Streitigkeit bestimmt, welches der verschiedenartigen Gerichte erster Instanz zuständig ist;
2. vom funktionellen (7), der sich aus den Rechtspflegeaufgaben ergibt, die den Gerichten verschiedener Instanzen übertragen sind; und

-
- 1) Oder Kompetenz.
 - 2) In unserem Zusammenhang jedes Gericht.
 - 3) Guldener, ZPR 72; Habscheid, 124; Kummer, 45; Schmidt, 241; Schönke/Kuchinke, 162; Zöller, § 1. Nikisch, 83 und Rosenberg/Schwab, 144 f., unterscheiden zwischen objektiver und subjektiver Zuständigkeit.
 - 4) Keine Frage der Zuständigkeit ist die Geschäftsverteilung auf die verschiedenen Spruchabteilungen innerhalb der gleichen Gerichtsbehörden. Kummer, 45; Nikisch, 84; Zöller, § 1.
 - 5) Zöller, l. c., trennt in vier Richtungen: Zusätzlich zu den drei oben angeführten zählt er noch die internationale Zuständigkeit. Guldener, IIZPR 28 ff., untersucht zuerst, ob überhaupt ein Gericht in der Schweiz zuständig ist und – gegebenenfalls – in welchem Kanton.
 - 6) Zur Natur des Gefüges der Zuständigkeit: Günstzburger, 2 f. Die theoretische Auslegung ist praktisch allerdings unbedeutend.
 - 7) Oder graduellen, instanzlichen.

3. vom örtlichen, der nach räumlichen Kriterien bemisst, welches von mehreren Gerichten gleicher Art und gleichen Ranges zu urteilen hat.

B. Bedeutung der Zuständigkeit

a) Zuständigkeit als Prozessvoraussetzung

Der Richter darf – neben anderen Bedingungen – nur dann auf eine Klage eintreten, wenn er für die Beurteilung des konkreten Streites zuständig ist. Zuständigkeit des Gerichtes ist deshalb Prozessvoraussetzung (1). Wird festgestellt, dass eine Prozessvoraussetzung fehlt, und wird der Mangel – falls er überhaupt heilbar ist – nicht geheilt, so kann auf die Klage materiell nicht eingetreten werden, und sie wird durch ein Prozessurteil von der Hand gewiesen (2).

b) Folgen der Unzuständigkeit

Ergeht trotz fehlender sachlicher oder örtlicher Zuständigkeit ein Sachurteil, so ist dieses in der Regel nicht nichtig (3). Rechtssicherheit und Rechtsfriede erfordern die grundsätzliche Verbindlichkeit eines Urteils, auch wenn ihm Mängel anhaften (4). Insbesondere wäre Annahme der Nichtigkeit dann stossend, wenn auch die Partei, die den Prozessmangel duldet, auf die Einrede der Unzuständigkeit verzichtet hatte. Das Urteil kann aber angefochten werden, wenn es in einem anderen

-
- 1) Vgl. Guldener, ZPR 220 f.
 - 2) Absolutio ab instantia. Vgl. Guldener, l. c. 221; Eichenberger, Beiträge 146.
 - 3) Eichenberger, l. c. 18 f., 30 und 150; Habscheid, 153; Sträuli/Messmer, N 17 zu § 281.
 - 4) Res iudicata pro veritate habetur. Vgl. Guldener, ZPR 279.

Kanton vollstreckt werden soll (1), und es ist nichtig, wenn zwingende Zuständigkeitsvorschriften verletzt worden sind (2).

II. Oertliche Zuständigkeit im besonderen

A. Unterschied zwischen örtlicher Zuständigkeit und Gerichtsstand

Oertliche Zuständigkeit der Gerichte und Gerichtsstand sind verwandte, aber nicht identische Begriffe (3). Wo in einer Rechtssache das Gericht die Zuständigkeit besitzt, da ist für die Parteien (4) der Gerichtsstand begründet, d. h. die Notwendigkeit, sich diesem Gerichte zu unterwerfen (5). Indessen sind sowohl für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit wie für den Gerichtsstand die gleichen Grundlagen massgebend: Ausgangspunkt für die Unterwerfung unter ein örtlich bestimmtes Gericht sind nämlich die Beziehungen entweder der Parteien oder des zu behandelnden Sachverhaltes zu dem Orte des Gerichtes (6). Diese Beziehungen sind die kompetenzbegründende Tatsache; sie bilden den An-

-
- 1) Vgl. Guldener, l. c. 78 Anm. 2; Jaeger, N 15 und 16 zu Art. 81.
 - 2) So ist Konkursöffnung durch einen örtlich unzuständigen Richter nichtig, vgl. Guldener, Zwangsvollstreckung 55 und 59. – Ein Urteil ist nichtig, wenn es von einem absolut unzuständigen Gerichte gefällt worden ist. So kann z. B. kein Handelsgericht eine Ehe scheiden. Dagegen muss Verletzung des Rechtsweges nicht unbedingt zu Nichtigkeit führen, vgl. Eichenberger, Beiträge 6. A. A. Schmidt, 808.
 - 3) A. A. Kummer, 46: "Gerichtsstand ist sinngleiches Wort für örtliche Zuständigkeit", und Schumacher, 1, der Wach, 348, falsch interpretiert.
 - 4) Namentlich für den Beklagten.
 - 5) Der Ausdruck "Gerichtsstand" weist darauf hin, dass der Beklagte vor dem (örtlich) zuständigen Gericht zu Recht stehen muss (Blo-meyer, 33 Anm. 1).
 - 6) In der Folge unterscheidet Schmidt, 252, zwischen Gerichtsstand im abstrakten und im konkreten Sinne.

knüpfungspunkt für die örtliche Zuständigkeit und für den Gerichtsstand. Oft wird diese zweifache Anknüpfung der Einfachheit halber als Gerichtsstand bezeichnet, wie es auch in der vorliegenden Arbeit geschehen soll.

B. Arten von Gerichtsständen

a) Vorbemerkung

Die Normierung der örtlichen Zuständigkeit ist von grosser praktischer Bedeutung, kann es doch für den Verlauf des Rechtsstreites und selbst für den Entschluss, überhaupt Klage zu erheben oder sich auf sie einzulassen, entscheidend sein, wo der Prozess geführt wird (1). Deshalb ist die Regelung der örtlichen Zuständigkeit je nach Art der für einen bestimmten Streit kompetenzbegründenden Beziehung mannigfach ausgestattet. In erster Linie geschieht die Auswahl unter Berücksichtigung der Beziehung, die die Parteien oder die Streitsachen zu einem ihnen nahe verbundenen Orte haben. Dort wird am ehesten und rationellsten eine sachgerechte Entscheidung erreichbar sein. Ueberdies tendieren die Vorschriften der Zivilprozessorganisation selbst dahin, die Streitsachen möglichst gleichmässig unter die Gerichte der nämlichen Stufe zu verteilen, damit nicht ein Gericht von Arbeit überschwemmt werde, ein anderes, gleichartiges jedoch beschäftigungslos bleibe.

b) Allgemeiner und besonderer Gerichtsstand

Der allgemeine (2) Gerichtsstand, an dem normalerweise Klagen anzubringen sind, ist von alters her der Wohnort des Beklagten (3). (Aber

1) Nikisch, 92.

2) Oder ordentliche.

3) Actor sequitur forum rei.

auch hier können sich durch positive Prozessgesetz-Vorschriften Ausnahmen ergeben.) Dieser Grundsatz, dass der Richter des Beklagten zuständig sei, beherrscht das ganze Gerichtsstandsrecht und entspricht den Regeln der Billigkeit (1), hat doch der Angegriffene die Last des Prozesses auf sich zu nehmen, während dem Kläger die Initiative zum Streite überlassen bleibt. Der allgemeine Gerichtsstand ist mit wenigen Ausnahmen für alle Klagen anwendbar, wogegen der besondere nur für bestimmte Klagen gilt, die durch andere, ausdrücklich vorgeschriebene Anknüpfungskriterien dem ordentlichen Gerichtsstande entzogen sind.

c) Persönlicher und sachlicher Gerichtsstand

Wird für die Zuständigkeitsbegründung an die Beziehung einer Person oder Sache zum angerufenen Gericht angeknüpft, so ergibt sich die Bezeichnung eines persönlichen bzw. sachlichen Gerichtsstandes. Persönliche Gerichtsstände können allgemeine oder besondere sein, sachliche notwendigerweise nur besondere (2).

d) Ausschliesslicher und wählbarer Gerichtsstand

Meist zwingt erst der Beklagte durch sein Verhalten den Kläger zu einem Angriff. Ohne dieses Verhalten des Beklagten würde der Kläger kaum je zur Führung eines Prozesses veranlasst. Zwar ist es unmöglich, die Interessen des Klägers gleich zu behandeln wie diejenigen des Beklagten, doch kann er wenigstens neben dem Wohnsitze des Beklagten eine Auswahl unter mehreren Orten treffen, zu denen der Beklagte ebenfalls in Beziehung steht. Während es der Gesetzgeber zulässt, dass bei wählbaren Fora mehrere konkurrieren und dem Kläger zur Auswahl

1) Ausfluss davon ist die Gerichtsstandsgarantie (hinten, 14f.).

2) Daher findet sich häufig die Dreiteilung in allgemeine persönliche, besondere persönliche und besondere sachliche Gerichtsstände.

zur Verfügung stehen, bestimmt er bei ausschliesslichen nur einen Gerichtsstand. Dies hat zur Folge, dass der Beklagte vor jedem anderen vom Kläger angerufenen Gericht die Einrede der Unzuständigkeit erheben kann.

e) Zwingender und dispositiver Gerichtsstand

Da der Zivilprozess ein Streit ist, den auszutragen grundsätzlich der Privativinitiative der Parteien anheimgestellt bleibt, ist die Gerichtsstandsordnung prinzipiell dispositiv, weshalb den Parteien in der Regel erlaubt wird, sie zu ändern (1). Bei gewissen Auseinandersetzungen freilich sind nicht nur die direkt am Prozess beteiligten Personen interessiert, sondern auch Dritte oder die Allgemeinheit, sei es zur Durchsetzung materiellen Rechtes (2) oder zum Schutze einer Partei (3). Falls dringendes öffentliches Interesse die Beurteilung eines Rechtsstreites an einem ganz bestimmten Orte verlangt, gilt der Gerichtsstand zwingend (4), und er darf nicht geändert werden (5). Indessen

- 1) So verwehrt niemand dem Beklagten, bei vermögensrechtlichen Klagen auf den Schutz zu verzichten, der ihm durch den Gerichtsstand an seinem Wohnort geboten wird. Auch sachliche Gerichtsstände können geändert werden, falls sie einzig zweckmässig, aber zur Durchsetzung materiellen Rechtes nicht unbedingt notwendig sind.
- 2) Das Forum nach Art. 35 Abs. 2 ZGB, der für die Verschollenen-erklärung den Richter des letzten schweizerischen Wohnsitzes oder, wenn der Verschwundene niemals in der Schweiz gewohnt hat, den Richter der Heimat als kompetent erklärt, ist zur Durchsetzung des materiellen Rechtes unerlässlich. Ähnliche Erwägungen und zudem Zweckmässigkeitsgründe ergeben das forum rei sitae für Immobilien und das forum delicti commissi für adhäsionsweise im Strafverfahren angebrachte Zivilklagen (vgl. BGE 101 Ia 143 Erw. 2; ZBJV 102 (1966) 149).
- 3) Vereinbarungen mit Kleinreisenden, durch welche der zumeist rechtsunkundige Käufer auf seinen ordentlichen Gerichtsstand verzichtet, sind gemäss Art. 11 BG über die Handelsreisenden vom 4. Oktober 1930 nichtig.
- 4) BGE 60 II 390.
- 5) Guldener, ZPR 93 f.; Keller/Pfisterer, N 1 i.f. zu § 13; Sträuli/Messmer, N 4 zu § 11.

kann von dispositivem Prozessrecht nur in beschränktem Masse die Rede sein. Allgemein haben die Parteien nämlich nicht die Wahl zwischen einer beliebigen, ihnen gut scheinenden Ordnung und den Regeln der Prozessgesetze; sie vermögen vielmehr nur zwischen den im Gesetze selbst umschriebenen Möglichkeiten zu wählen, indem sie durch Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung das eine oder andere der vom Gesetze normierten Verfahren bestimmen können (1). Daraus aber zu folgern, eine prozessuale Norm sei solange für zwingend anzusehen, als nicht ausdrücklich eine gegenteilige Bestimmung im Gesetze nachgewiesen wird (2), geht doch nicht an, weil das positive Prozessrecht nicht so umfassend normiert ist, dass es den Belangen jedes Einzelfalles unter allen Umständen gerecht werden kann. Die Prozessgesetze – wie auch andere schweizerische Kodifikationen im Bestreben nach Uebersichtlichkeit, Lesbarkeit und Handlichkeit meist volkstümlich knapp und daher lückenhaft, was der Rechtswissenschaft und der Praxis einen gewissen Freiraum lässt – sind dazu auch nicht geeignet. Eine Regel, die nur zur Wahrung prozessualer Parteiinteressen aufgestellt ist, darf deshalb im Zweifel nicht a priori als zwingend gewertet werden; sie wird es erst, wenn übergeordnete, öffentliche Bedürfnisse es verlangen (3,4).

- 1) Guldener, ZPR 52; Habscheid, 11. "Les règles de procédure civile sont en principe de droit impératif", BGE 62 II 352.
- 2) Vgl. Schmidt, 144.
- 3) Vgl. Guldener, Dispositives Recht 253.
- 4) Die Unterscheidung in "zwingend" und "ausschliesslich" stiftet Verwirrung, scheinen die beiden Begriffe doch das Gleiche zu umschreiben. Sie werden deshalb dauernd verwechselt (vgl. etwa bei Weissmann, 48 Anm. 134; Lenzi, 11; Eichenberger, Beiträge 10 und 20 f.; Fritzsche, I 152; Bern Art. 20 ZPO, Freiburg Art. 58 ZPO (dt. Ausgabe), Solothurn §18 ZPO (Marginale); SJZ 62 (1966) 65 und 359). Stellt das Gesetz dem Kläger – zum Schutze des Beklagten, der kein anderes Forum dulden muss – keinen andern Gerichtsstand zur Verfügung, so liegt ein ausschliesslicher vor (Guldener, ZPR 105 Anm. 99). Dennoch kann dieser durch Parteiverhalten (hinten, 23 ff.) geändert werden, vorausgesetzt, dass die Rechtssicherheit und -einheit gewährleistet bleibt und keine öffentliche Interessen oder Belange Dritter entgegenstehen. (A. A. Habscheid, 137, nach

C. Perpetuatio fori

Der Streit soll an dem Orte zu Ende geführt werden, wo er begonnen hat (1). Ein Gerichtswechsel ist unökonomisch. Ist deshalb die Klage einmal rechtshängig, so wird die örtliche Zuständigkeit des Prozessgerichtes durch die Aenderung der sie begründenden Umstände nicht mehr aufgehoben (2). Kein anderes Gericht darf sich in dieser Zeit neben dem angerufenen mit der gleichen Angelegenheit befassen (3).

dem jeder ausschliessliche Gerichtsstand auch zwingend ist. Die DZPO kennt aber die Unterscheidung von zwingend und ausschliesslich nicht.) Der Gerichtsstand der Erbschaft z. B. ist gemäss Art. 538 ZGB ausschliesslich, aber nicht zwingend: Ist der Erblasser z. B. in Genf gestorben, während die streitenden Erben im Kanton St. Gallen wohnen, so kann in diesem Kanton geklagt werden (SJZ 31 (1934/35) 87). Vgl. auch Tuor/Picenoni, Der Erbgang, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. A., Bern 1964, N8ff. zu Art. 538). Dagegen muss auch ein zwingender Gerichtsstand nicht unbedingt ein ausschliesslicher sein, wie Günstzburger, 9, annimmt und das Schema bei Kummer, 47, zeigt. So kann nach Art. 253 ZGB die Klage auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses beim Richter am Wohnsitz einer Partei zur Zeit der Geburt oder Klage erhoben werden. Der Kläger kann hier zwischen vier verschiedenen Gerichtsständen wählen. (A. A. Hegnauer, 87, nach dem die Gerichtsstandsordnung des Art. 253 ZGB zwingend und ausschliesslich ist. Hegnauer versteht m. E. aber "ausschliesslich" nicht so, wie es vorne, 7, definiert wurde.) Zwingend und ausschliesslich ist das Forum z. B. gemäss Art. 144 ZGB, der für die Scheidung den Richter am Wohnsitz des klagenden Ehegatten als zuständig erklärt; weder zwingend noch ausschliesslich ist der Gerichtsstand nach Art. 642 OR, der für eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft neben dem Gerichtsstand am Orte des Hauptsitzes den am Orte der Zweigniederlassung bezeichnet. Der Unterschied zwischen einem ausschliesslichen und einem zwingenden Gerichtsstande liegt darin, dass bei jenem eine Prorogation möglich ist, nicht aber bei diesem (vgl. Eichenberger, Beiträge 21).

- 1) Ubi coeptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet (Marcellus).
- 2) Vgl. Walder, Zivilprozess 115; Rosenberg/Schwab, 542; vgl. auch Hauser, 62.
- 3) Ne bis de eadem sit actio.

§ 2 Quellen des Gerichtsstandsrechts

I. Kantonales Recht

Art. 64 Abs. 3 BV bestimmt, dass die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung, wie bis anhin, den Kantonen verbleiben (1). Als Teil des Zivilprozessrechtes gehört die Regelung des Gerichtsstandes, der eine formelle Voraussetzung für das Zustandekommen eines Prozesses bildet, mithin auch nach der Vereinheitlichung des Privatrechtes grundsätzlich in die Kompetenz der Kantone.

Die Ausgestaltung des Prozessrechtes ist aber nicht dem völligen Gutdünken der Kantone überlassen. Ihre Befugnisse werden durch Bundesverfahrensnormen eingeschränkt (2). Am Faden hinlänglichen Verfahrensrechtes hängt nämlich die Durchsetzung des materiellen Rechtes (3).

Allerdings konnten die wenigen Bundesverfahrensvorschriften doch nicht verhindern, dass das Bild der gegenwärtigen Prozessordnungen recht bunt ist. Die Abweichungen sind nicht nur oberflächlicher Natur, sondern bedeutend (4). Eine Vereinheitlichung des Verfahrensrechtes ist

-
- 1) Dieser Absatz ist im Prinzip überflüssig, denn nur diejenigen Kompetenzen, die dem Bunde übertragen werden, müssen ausdrücklich aufgezählt werden. Alle anderen Aufgaben fallen von selbst in die Zuständigkeit der Kantone (vgl. Fleiner/Giacometti, 66 f.). Nach Eichenberger, Legiferierung 485, bildet dieser Absatz eine Art "Substanzgarantie".
 - 2) Vgl. betreffend eidgenössische Gerichtsstandsbestimmungen unten, 16 f. Als weitere bundesrechtliche Eingriffe ins kantonale Prozessrecht wären etwa aufzuzählen: das Institut des Armenrechtes (auf Grund von Art. 4 BV), das summarische Prozessverfahren (auf Grund von Art. 25 SchKG), die Regelung der Beweislast (auf Grund von Art. 8 ZGB; vgl. Eichenberger, Beiträge 164), der Begriff der Klageeinleitung (vgl. Eichenberger, l. c. 119).
 - 3) Vgl. Eichenberger, Gerichtsbarkeit 302.
 - 4) Beim Vergleich der Entwürfe einer neuen waadtländischen Zivilprozessordnung und einer neuen zürcherischen spricht Guldener von zwei "Welten". Vgl. NZZ, 27. Januar 1967. Die knifflige Situation für einen Anwalt, der in einem anderen Kanton prozessiert, beschreibt Hans Merz, Militärgerichtsbarkeit - Ja oder Nein?, Le-

in absehbarer Zeit kaum zu erwarten (1). Je mehr nämlich die verfassungsmässig verankerte "Souveränität" der Kantone durch die Entwicklung von Wirtschaft, Technik, Verkehr usf. eingeengt wird, desto mehr klammern sie sich an die übriggebliebenen Kompetenzen, die nicht ihrer Natur nach der Zentralisierung preisgegeben sind (2). Eine Anpassung der ZPO erscheint deshalb dem Souverän als nicht dringlich (3), wie überhaupt die Funktion des Verfahrensrechtes als Ganzes verkannt wird. Diese Einstellung ist gefährlich. Eichenberger (4) drückt es deutlich aus: "Das schiefe Bild vom Verfahrensrecht, das der Halb-Laie gern als Formalismus abtut und womit er schnell und billig Beifall erntet, erzeugt schliesslich eine Rechtsverachtung, die das materielle Recht mitreisst."

II. Bundesrecht

A. Vorbemerkung

Wo, wie in der Schweiz, die Rechtsetzungskompetenzen für materielles und prozessuales Recht nicht übereinstimmen, ist die Gerichtsstandsordnung des formellen Rechtes dem materiellen nicht immer so genau angepasst und geregelt, dass die Durchsetzung des letzteren vom Pro-

bendiges Strafrecht (Festgabe Schultz), Bern 1977, 537. Vgl. auch Peter Noll, Zur Frage der Vereinheitlichung des Strafprozesses in der Schweiz (Festschrift Guldener), Zürich 1973, 240.

- 1) Vgl. das Resultat einer Rundfrage bei den kantonalen Obergerichten aus dem Jahre 1961, ob eine Vereinheitlichung gewünscht werde, bei Eichenberger, Gedanken 457 Anm. 1. Vgl. auch Hauser, 38.
- 2) Vgl. Emil Kirschbaum, NZ, 2. September 1974.
- 3) Und wenn die Kantone doch für eine Harmonisierung der Prozessgesetze sind, dann nur unter der Voraussetzung, dass ihr Gesetz bestimmend ist.
- 4) Gerichtsbarkeit 302. Vgl. auch SJZ 76 (1980) 246 (Aufsatz Bachmann).

zessrechte her voll gesichert wäre. Deshalb hat der eidgenössische Gesetzgeber – trotz dem eben angeführten Grundsatz der Autonomie der Kantone im Prozessverfahren – oft in das kantonale Verfahrensrecht eingegriffen und eigene, zum Teil zwingende Bestimmungen aufgestellt; teils, um Konflikte zwischen den Kantonen zu vermeiden (1); teils, um das Zivilrecht zu ergänzen (2,3).

B. Abgrenzung der kantonalen Justizhoheiten

a) Allgemeines

Die Justizhoheit der Kantone muss durch übergeordnetes Recht, durch Bundesnormen abgegrenzt werden. Diesem Zwecke dienen die Gerichtsstandsgarantie in Art. 59 BV und das NAG (4). (Letzteres bezieht sich freilich nicht auf vermögensrechtliche Verhältnisse, weshalb hier nicht darauf einzugehen ist.) Es sei aber schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass das geschriebene Bundesrecht die Frage, welches der Umfang der Gerichtshoheit eines Kantons sei, nicht erschöpfend geregelt hat (5).

-
- 1) Unten.
 - 2) Hinten, 16 ff.
 - 3) Einheitlichkeit des Rechtes wird nicht nur durch einheitliches Recht, sondern auch durch Ueberprüfung der Rechtsprechung durch das Bundesgericht erzeugt. (Eine interessante Ausnahme, wo Bundesrecht nicht durch das Bundesgericht überprüft werden kann, bei Alfred Maurer, Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, 2. A., Bern 1963, 362).
 - 4) BG betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891.
 - 5) Vgl. Guldener, IIZPR 31. Vgl. hinten, 18 ff.

b) Gerichtsstandsgarantie

Gemäss Art. 59 BV muss der aufrechtstehende (1) Schuldner, der in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen ausser dem Kanton, in dem er wohnt, kein Arrest gelegt werden. Der Artikel hat nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtes und herrschender Lehre nur interkantonale Bedeutung und dient nicht dem öffentlichen Interesse, sondern allein dem Schutze des Schuldners, der nicht gegen seinen Willen ausserhalb seines Wohnsitzkantons belangt werden soll (2). Intrakantonale bestimmt das in diesem Kanton massgebende Prozessrecht den Gerichtsstand (3). Den Schutz der Gerichtsstandsgarantie geniessen jedoch bloss persönliche Ansprachen, bei denen es sich um vermögensrechtliche Klagen handelt (4, 5). Ob eine persönliche Ansprache vorliegt oder nicht, entscheidet sich nach der Natur der Klage (6). Der Begriff des festen Wohnsitzes (7) ergibt sich grundsätzlich aus den Normen von Art. 23 ff. ZGB. Der Wohnsitz einer natürlichen Person befindet sich an dem Orte, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (8). Er bil-

-
- 1) Oder zahlungsfähige.
 - 2) Zuletzt bestätigt in BGE 102 II 393 Erw. 5.
 - 3) Aubert, no. 847; Guldener, ZPR 62.
 - 4) Die Gerichtsstandsgarantie gilt aber nicht für den Adhäsionsprozess, vgl. Hauser, 13.
 - 5) Klagen aus Realobligationen gelten nicht als persönliche Ansprachen i. S. von Art. 59 BV. BGE 105 Ia 25.
 - 6) Aubert, no. 850; Burckhardt, Kommentar 556; Walder, Zivilprozess 92. Ausnahmen in BGE 95 I 122 Erw. 5 (= Pra. 54 Nr. 5 Erw. 2b).
 - 7) Das Wörtchen "fest" betont eine bereits im Terminus des Wohnsitzes enthaltene Eigenschaft, daher kann es weggelassen werden, wie es auch im französischen Text der Fall ist. Italienisch: "domicilio stabile".
 - 8) Art. 23 Abs. 1 ZGB.

det den räumlichen Mittelpunkt der Lebensbeziehungen eines Menschen, wohin er immer wieder zurückkehrt, um dort sein Leben zu verbringen (1,2).

Bei körperschaftlich strukturierten Gesellschaften und bei denjenigen rechtsgemeinschaftlich organisierten, die unter eigener Firma belangt werden können (3), befindet sich der allgemeine Gerichtsstand am Sitze der Gesellschaft, der sich primär aus den Statuten ergibt, sekundär aus dem Orte, wo die Verwaltung geführt wird (4). Wenn einige kantonale Zivilprozessgesetze vorsehen, dass Personen, die ausserhalb ihres Wohnsitzes eine Geschäftsniederlassung haben, für die auf deren Rechnung eingegangenen Verbindlichkeiten am Orte der Niederlassung belangt werden können, so gilt diese Regelung im SchKG nicht (5,6).

-
- 1) Grossen, 350; Tuor/Schnyder, 75; BGE 97 II 3 ff.; Extraits 1970, 109.
 - 2) Nicht in jedem Falle müssen sich die Bedeutungen decken, die die kantonalen Zivilprozessordnungen und das ZGB dem Wohnsitzbegriffe beimessen: Die graubündnerische Prozessordnung z.B. anerkennt das gleichzeitige Vorhandensein mehrerer Wohnsitze einer Person (Art. 21 ZPO). Der einmal begründete Wohnsitz muss nicht bis zum Erwerb eines neuen bestehen bleiben (Art. 24 Abs. 1 ZGB); es kann in Ermangelung eines neuen der Aufenthaltsort allgemeiner Gerichtsstand sein. Dies gilt auch im SchKG (vgl. Art. 48 SchKG). Im Zweifel und bei Lücken der Prozessgesetze sind die Bestimmungen des ZGB über den Wohnsitz heranzuziehen. Vgl. Guldener, ZPR 83.
 - 3) Kollektiv- (Art. 562 OR) und Kommanditgesellschaft (Art. 602 OR).
 - 4) Art. 56 ZGB. Guldener, ZPR 84.
 - 5) Vgl. hinten, 77 f.
 - 6) Trotzdem die Rechtsprechung Spezialdomizile gegenüber dem Wohnsitz anerkennt (Aubert, no. 853), ist es fraglich, ob das sonst sture Festhalten am Wohnsitzgerichtsstand den tatsächlichen Lebensverhältnissen heute noch gerecht werde oder ob es nicht bequemere Gerichtsstände gäbe (Stadelmann, 23 f.; Eichenberger, Legiferierung 501).

C. Ergänzende Vorschriften

Das Zivilrecht ergänzende eidgenössische Gerichtsstandsvorschriften, die wie "erratische Blöcke in den verschiedensten Gesetzen zerstreut liegen" (1), sind geschaffen worden, um der Gesetzgebung volle materielle Wirkung zu sichern (2) und die Rechtseinheit auch praktisch durchzusetzen (3). Sie bestimmen von Bundes wegen die innerhalb eines Kantons zuständigen Gerichte. Diese Eingriffe in die Autonomie der Kantone im Prozessverfahren sind schon deshalb nicht verfassungswidrig, weil der Bund infolge Art. 113 Abs. 3 BV ohnehin sanktionslos legislieren kann (4). Im übrigen deutet die Apposition "wie bis anhin" (5,6) darauf hin, dass bereits bestehende und auch zukünftige eidgenössische Legislierungen im Bereiche der kantonalen Gesetzkompetenz anerkannt sein sollen (7), und gesteht die Verfassung dem eidgenössischen

- 1) Reichel, 279.
- 2) Vgl. Schurter/Fritzsche, 424.
- 3) Vgl. Guldener, ZPR 64; Kummer, Klagerecht 6.
- 4) Vgl. Eichenberger, Legislierung 484.
- 5) Gemäss dem Berichterstatter der Kommission in der Nationalrats-sitzung vom 26. Juni 1898 sollen diese Wörtchen die Bedeutung haben, dass es der eidgenössischen Gesetzgebung unbenommen bleiben müsse, da, wo sie notwendigerweise in die Gerichtsorganisation oder in das Verfahren der Kantone eingreifen müsse, dies zu tun. Das wäre vorher so gewesen und müsse so sein (StenBull. der Bundesversammlung 1898, 233 ff.).
Französisch: "dans la même mesure que par le passé", italienisch: nur "restano" (vgl. Schurter/Fritzsche, 421 Anm. 620).
- 6) Wenn die Apposition überhaupt etwas bedeutet. Ihr Fehlen veränderte den Sinn von Art. 64 Abs. 3 BV m.E. nicht. Nicht immer muss in jedes Wort oder in jede Wendung des Gesetzes ein tieferer Sinn hineininterpretiert werden. Ab und zu gibt es schlicht überflüssige Formulierungen (vgl. z. B. vorne, 11 Anm. 1 und 14 Anm. 7).
- 7) Obwohl die seit der Verfassungsrevision von 1898 erlassenen Gerichtsstandsbestimmungen zwar die früheren in bezug auf Anzahl und Wichtigkeit übersteigen, sind sie dennoch verfassungskonform, weil erst in diesem Jahrhundert das Bundesrecht wesentlich erweitert worden und damit das Bedürfnis für eine Vermehrung bundesrechtlicher Prozessnormen gewachsen ist (Eichenberger, Legislierung 482; Reichel, 301).

schen Gesetzgeber auf Grund ausdrücklicher Zuständigkeitsnormen auch stillschweigende Kompetenzen zu, die mit Hilfe des Verfahrens der Konsequenz (1) erreicht werden können (2). Wenn nämlich der Bund eine ausdrückliche Zuständigkeit besitzt, so darf er davon diejenigen Kompetenzen ableiten, die notwendig erscheinen, um den von ihr erstrebten Zweck zu erreichen (3). Auch ohne ausdrückliche Kompetenzzuweisung ist der Bundesgesetzgeber zu den Massnahmen befugt, die er zur Ausführung ihm übertragener Aufgaben benötigt.

Materielles Recht und Verfahrensrecht können nicht völlig getrennt (4, 5), sondern sie müssen zusammengedacht werden, weil sie einem harmonischen Ganzen dienen. Dabei ist das materielle Recht im Verfahren zur Koordination der beiden Rechtsordnungen zweifellos das primäre, bestimmende. Das Verfahrensrecht, das um des materiellen Rechtes willen da ist, hat nur eine dienende Rolle (6).

Das Prozessrecht muss die Durchsetzung des materiellen Rechtes gewährleisten. (Dieses wiederum ist so zu kodifizieren, dass es sich auch durchsetzen lässt. Beide Rechte sind einander anzupassen.) Wenn der Bund gewisse materiellrechtliche Gebiete einheitlich zu ordnen hat (7),

-
- 1) Schluss vom Zweck auf die Mittel. Vgl. die verfassungsrechtliche Interpretationsregel der "implied powers".
 - 2) Den Rahmen stecken allerdings die übrigen Verfassungsartikel ab.
 - 3) Vgl. Fleiner/Giacometti, 77.
 - 4) Was aber nicht heissen soll, zwischen materiellem und formellem Rechte könne nicht genau unterschieden werden.
 - 5) Kummer, 2: (Zivilprozess ist ...) "Oeffentliches Recht, gehört er funktionell doch dem Privatrecht an."
 - 6) Statt vieler: Eichenberger, Legiferierung 471, 480; Guldener, ZPR 64; Reichel, 279.
Zeitweilig wurde der Vereinheitlichung des formellen Rechtes die Priorität gegenüber der des materiellen eingeräumt. Vgl. Walter Krebs, Die Vereinheitlichung der Zivilrechtspflege in der Schweiz (Helvetia 1912) 147 ff.
 - 7) Vgl. Art. 64 Abs. 1 und 2 BV.

so muss er notwendigerweise ebenfalls Normen prozessualen Charakters in seine Gesetze aufnehmen, damit trotz der kantonalen Prozessrechtzersplitterung die Verwirklichung des materiellen Rechtes - wenigstens im ganzen und grossen - gewährleistet bleibt (1).

III. Lücken

A. Vorbemerkung

Obwohl der Bund eine ganze Reihe von Zuständigkeitsvorschriften aufgestellt hat (2), sind zahlreiche Rechtsverhältnisse ohne Gerichtsstandsbestimmung geblieben, und es stellt sich deshalb die Frage, ob diese Lücken trotz Art. 64 Abs. 3 BV mit eidgenössischen Normen geschlossen werden dürfen. Während Schurter/Fritzsche als Exponenten einer grosszügigen Interpretation in diesen Fällen auf dem Wege der Auslegung oder auf Grund von Art. 1 ZGB ein dem materiellen Bundesrecht individuell angepasstes, bundesrechtliches Forum schaffen möchten (3), wendet Meier-Hayoz im völligen Gegensatz dazu ein, dass es sich um einen Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Kompetenzausscheidung von Art. 64 BV handelte, wenn durch freie Rechtsfindung neue bundesrechtliche Vorschriften prozessualer Natur aufgestellt würden (4).

Beide Ansichten mögen in ihrer konsequenten Anwendung nicht zu befriedigen. Die Auffassung von Schurter/Fritzsche geht zu weit, lassen

-
- 1) Vgl. die einschlägigen Ausführungen von Haab (Revision, 319) und Schurter/Fritzsche (480 Anm. 693) betreffend Ergänzung von prozessualen Bestimmungen von Bundesrechts wegen im SchKG.
 - 2) Uebersicht bei Walder, Zivilprozess 102 ff.
 - 3) 469. Da der Bund gerade für die wichtigsten Fälle eigene Fora aufgestellt hat, ständen keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen.
 - 4) SJZ 46 (1950) 341 Anm. 2. Mit Hinweis auf BGE 51 II 544: "Wenn das ZGB oder OR nicht selbst Verfahrensbestimmungen enthalten, muss das kantonale Prozessrecht angewendet werden."

doch die schon bestehenden Zuständigkeitsregeln, die bar jeglicher Systematik sind (1), nicht den Schluss zu, dass alle Fora einer Zuweisung durch den Bund bedürften. Umgekehrt ist die von Meier-Hayoz zu eng. Sie zielt an den Bedürfnissen der Praxis vorbei, die sich m.E. zu Recht von einer Gesetzesinterpretation, die überkommen von einem Festklammern an maximaler Kompetenzzuweisung an die Kantone geprägt ist, zu einer von Rechtsüberzeugung getragenen Auslegung hin bewegt.

So verneint denn heute niemand mehr das Vorhandensein und die Notwendigkeit ungeschriebener Bundesnormen im Bereiche der kantonalen Prozessverfahren (2). Das gilt in maiore minus auch für Gerichtsstandsnormen. Gemäss der allgemeinen Kompetenzausscheidung in Art. 64 Abs. 3 BV zwischen Bund und Kantonen im Prozessrechte sind aber zunächst die Kantone für die Bestimmung der Fora zuständig und zwar auch dort, wo der Bund seine eigene Möglichkeit zur Normierung von Gerichtsständen nicht ausgeschöpft hat. Der Bundesgesetzgeber beabsichtigte eben nicht, eine lückenlose Regelung des Gerichtsstandsrechts vorzunehmen (3), sondern in einzelnen Fällen eine billige und praktische Lösung zu treffen. Wenn jedoch feststeht, dass der Bund nicht darauf ausgegangen ist, die Regelung einer speziellen Gerichtsstandsfrage den Kantonen zu überlassen, sondern dass das Fehlen einer eidgenössischen Norm ein Versehen ist, wenn also zwingende Gründe einen von Bundesrechts wegen geltenden Gerichtsstand erheischen, dann ist auf dem Wege der Lückenfüllung aus dem Bundesgesetz selbst eine Gerichtsstandsregel zu suchen (4). Das bundesgesetzlich normierte Fo-

- 1) Blumenstein (113 Anm. 2) die Gerichtsstandsbestimmungen im SchKG betreffend: "Diese Vorschriften machen einen ziemlich zufälligen und wenig systematischen Eindruck. Man begreift nicht recht, warum das Gesetz speziell in diesen Fällen den Ort des Verfahrens bestimmt, in andern, analogen, nicht."
- 2) Walder, *Offizialmaxime* 9, 11; Kummer, 20; Meier, 9.
- 3) Vgl. vorne, 15. Auch die kantonalen Prozessgesetze sind nicht erschöpfend und abschliessend geregelt, vgl. vorne, 9.
- 4) Vgl. Stadelmann, 33 f.

rum verdrängt dann das kantonale gemäss dem bundesstaatlichen Grundsätze, dass Bundesrecht kantonales Recht bricht.

B. Vermutung ungeschriebener Bundesverfahrensnormen

Die Vermutung vom Vorhandensein ungeschriebener zivilprozessrechtlicher Normen im Bundesprivatrecht hat allerdings bei der derzeitigen Rechtssituation, die gemäss Art. 64 Abs. 3 BV die Prozessgestaltung grundsätzlich den Kantonen zuweist, nur in engem Rahmen Platz. Eine weitgehende Bejahung der Vermutung würde die Bedeutung des erwähnten Verfassungsartikels unterlaufen. Beim Vorliegen nachstehender Bedingungen ist sie indessen zu billigen.

a) Rechtssicherheit

Unter Rechtssicherheit wird nicht nur Rechtsbestimmtheit, die den Inhalt der Normregelung betrifft, sondern auch Voraussehbarkeit und Realisierungssicherheit verstanden (1). Die Kantone können deshalb wegen der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes nicht mittels des Prozessrechtes Normen aufstellen, die dem Sinn und Geist des Bundesprivatrechtes widersprechen und seine Verwirklichung behindern oder gar verunmöglichen (2-4). Soll Rechtssätzen des Privatrechts eine tatsäch-

-
- 1) Vgl. Henkel, 436 ff. Rechtssicherheit ist aber von Gerechtigkeit und Zweckmässigkeit zu unterscheiden. Alle drei Elemente zusammen bilden die Rechtsidee (vgl. Henkel, 444). Nach Eichenberger (Gerichtbarkeit 302) kann das Verfahrensrecht den Erfordernissen der Rechtssicherheit nur dann genügen, wenn es klar, eindeutig und zweifelsfrei erkennbar ist.
 - 2) Guldener, ZPR 68; Habscheid, 15; Walder, Zivilprozess 30.
 - 3) Da das Prozessrecht seiner Natur nach der Verwirklichung des materiellen Rechts dient (vorne, 17 f.), kann es nicht als öffentliches Recht im Sinne von Art. 6 ZGB gelten. Deschenaux, 20; Guldener, Bundesprivatrecht 22; Huber, N 45 ff.
 - 4) Uebersicht über die Lehre bei Meier, 10 ff.

liche Bedeutung zukommen, so muss der Bundesgesetzgeber zu ihrer Durchsetzung prozessuale Normen aufstellen, notfalls eben ungeschriebene, wenn anders ihr Fehlen das Erreichen des anvisierten Ziels gefährdet (1).

Der Umfang der zivilprozessualen Rechtssetzungsbefugnis des Bundesgesetzgebers muss gegenüber der Vermutung vom Bestehen ungeschriebener Normen als gewichtiger und wesentlicher erscheinen. Der eidgenössische Gesetzgeber ist nicht an so enge Schranken gebunden, dass er "nur gerade noch geht" (2), sondern er darf und muss sich um die Rechtsverwirklichung, Einheitlichkeit, Folgerichtigkeit und Zweckmässigkeit (3) der Rechtsanwendung kümmern. Ungeschriebene prozessuale Normen sind dagegen nur sparsamst und dann anzunehmen, wenn die Rechtsverwirklichung anders ausgeschlossen wäre (4).

b) Rechtsnatur des Institutes

Gestaltung eines Rechtsinstitutes und Ziel, das es verfolgt, können erfordern, auch dem materiellen Rechte prozessrechtliche Normen und Verfahrensvorschriften zu entnehmen. Andernfalls könnte der Sinn des Institutes fraglich werden. Solche Vorschriften brauchen indessen für die Anspruchsdurchsetzung nicht unbedingt notwendig zu sein; ergeben sie sich aber aus der Rechtsnatur einer Bestimmung, so müssen sie angewandt werden (5).

-
- 1) Z. B. ist die Feststellungsklage kraft eidgenössischen Rechts überall dort zulässig, wo sie zur Durchsetzung des materiellen Bundesprivatrechts erforderlich ist (BGE 92 II 108 Erw. 2).
 - 2) Eichenberger, Legiferierung 492.
 - 3) Nach Henkel, 427, erfordert die Zweckmässigkeit des Rechtes die Herstellung eines angemessenen Zweck-Mittel-Verhältnisses durch das Recht und im Recht.
 - 4) Vgl. Meier, 15; Walder, Zivilprozess 30.
 - 5) Vgl. Walder, Zivilprozess 30 f. So wird in Statusprozessen die Offizialmaxime aus ungeschriebenem Bundesrecht hergeleitet (Walder, Offizialmaxime 11). Ebenfalls können die Beschaffenheit und die Na-

c) Richterliche Lückenfüllung

Ungeschriebene Verfahrensnormen des Bundesrechts entstehen zudem durch richterliche Lückenfüllung, falls sie aus einer Regelung gewonnen werden können, die zumindest im Bundesrechte angedeutet ist (1). Bereitet die Lückenfüllung intra legem von der Zulässigkeit her keine grösseren Probleme, so ist bei der Annahme echter Lücken Zurückhaltung geboten (2). Guldener und die Rechtsprechung (3) nehmen an, dass die in beschränktem Masse erfolgte Normierung des Gerichtsstandsrechts durch den Bund den Weg für eine richterliche Lückenfüllung wenigstens im Familienrechte ebne. Zuständigkeitsnormen lassen sich dabei per analogiam aufstellen, damit wesensgleiche Klagen, die zur Erreichung eines bestimmten Zieles eines besonderen Gerichtsstandes bedürfen, nicht die Homogenität des eidgenössischen Rechtes verletzen (4, 5). Sie lassen sich aber auch auf Gründe der Rechtssicherheit stützen,

tur eines Rechtsinstituts auch das für seine Entscheidung kompetente Gericht ergeben. In Art. 169 erläutert das ZGB nicht, welcher Richter zuständig sei, wenn die Ehegatten in verschiedenen Gerichtssprengeln oder Kantonen wohnen. Gemäss BGE 54 I 246 muss aber gemäss der Natur der zu treffenden Verfügung angenommen werden, dass der Bundesgesetzgeber die Bestimmung des zu ihrem Erlasse zuständigen Richters nicht den Kantonen habe überlassen wollen. Vgl. BGE 64 II 176, 68 II 183.

- 1) Vgl. Meier, 16 f.
- 2) Immerhin ist unbestritten, dass auch im Gebiete des Verfahrensrechtes das Gesetz notfalls um des Gebotes von Treu und Glauben willen ergänzt werden muss. Vgl. Schwartz, 295 f.
- 3) ZPR 68. Anm. nachfolgend.
- 4) In Analogie zur bundesrechtlichen Zuständigkeitsordnung für die Entmündigung (Art. 376 ZGB) sind die Behörden des Wohnsitzes kompetent für den Entzug der elterlichen Gewalt (Art. 310/11 ZGB) (BGE 53 II 282).
- 5) Das Wesen der Analogie besteht darin, eine bestimmte Regelung um des Grundgedankens willen auf verwandte Tatbestände zu übertragen, sodass sich das zu findende Recht dem schon gegebenen harmonisch an- und einfügt (BGE 73 II 231; Burckhardt, Lücken 88). Die Teile dürfen sich allerdings nicht widersprechen, sonst entstehen neue echte Lücken.
Das Bundesgericht ist zurückhaltend mit der analogen Anwendung:

damit die Durchsetzungskraft einheitlichen Bundesrechtes nicht durch uneinheitliche kantonale Gerichtsstandsvorschriften geschwächt werde (1).

§ 3 Die Prorogation

I. Begriff

Prorogation begründet Zuständigkeit eines an sich unzuständigen, staatlichen (2) Gerichtes infolge Parteiverhaltens. Gemäss der Dreiwertigkeit des Ausdrucks Zuständigkeit kann Prorogation zur Aenderung der örtlichen – am häufigsten –, sachlichen oder funktionellen Zuständigkeit führen. Die verschiedenen Prorogationsmöglichkeiten beeinflussen den Instanzenzug abweichend: Bei der örtlichen Prorogation wird der ordentliche Instanzenzug gewahrt, bei der sachlichen ausgeschlossen

"Wenn es der Bundesgesetzgeber für geboten oder für zweckmässig erachtet hat, auf bestimmten Gebieten, auf dem ihm die Gesetzgebungsbefugnis in materieller Beziehung zusteht, (...), so kann doch daraus nicht geschlossen werden, dass er eine allgemeine bundesrechtliche Gerichtsstandsordnung für derartige Streitigkeiten habe schaffen wollen. Vielmehr ist zu sagen, dass da, wo er nicht selbst legiferiert hat, es eben bei den kantonalen Gerichtsstandsnormen verbleiben solle. Es darf deshalb, wo nicht eine ausdrückliche Vorschrift des Bundesgesetzes besteht, jedenfalls nur aus ganz zwingenden Gründen zur analogen Anwendung bestehender eidgenössischer Gerichtsstandsbestimmungen gegriffen werden, während es aller Regel nach, wo der Bundesgesetzgeber schweigt, unter Vorbehalt der verfassungsrechtlichen Schranken, bei den bezüglichen kantonalen Bestimmungen verbleibt", BGE 24 I 256 f. M.E. ist diese sparsame, nur in äusserst dringenden Fällen anzurufende Anwendung der Analogie zu engherzig und überholt, und stellt einen sowohl rechtlichen als auch rechtspolitischen Anachronismus dar, vgl. hinten, 113 ff.

- 1) In BGE 51 I 49 Erw. 2 bejahte das Bundesgericht einen einheitlichen Gerichtsstand der Streitgenossenschaft, weil bei Nichtbelangung aller Beteiligten im gleichen Prozess eine Verhandlung und Entscheidung unmöglich gewesen wäre. Es schränkte deshalb die Gerichtsstandsgarantie von Art. 59 BV ein.
- 2) Das Schiedsgericht dagegen ist ein nichtstaatliches Gericht.

(Anrufung einer niederen Instanz als einziger, deren Kompetenz eigentlich für die abschliessende Behandlung des Streites nicht ausreicht (1)) (2), bei der funktionellen endlich eingeschränkt durch direkte Anrufung der höheren Instanz (3,4). In jedem Falle muss das prorogierte Gericht die Gerichtsbarkeit – Justizhoheit – für die Beurteilung der betreffenden Sache besitzen (5). Einer zwingenden Gerichtsstandsvorschrift kann naturgemäss nicht derogiert werden (6).

II. Arten

A. Vereinbarung

Die Zuständigkeit des prorogierten Gerichtes ergibt sich aus stillschweiger oder ausdrücklicher Parteivereinbarung als Resultat übereinstimmenden Willens, bestehende oder, falls nach Natur und Bedeutung voraussehbar, künftige zivilrechtliche Streitigkeiten vor ein von der gesetzlichen Regelung abweichendes Forum zu bringen.

-
- 1) Sog. Kompromiss. Vgl. Haberthür, N I 1 e zu § 11.
 - 2) Wird allerdings die Streitsache statt einem vorgesehenen Spezialgerichte dem ordentlichen Richter zugewiesen (vgl. Aargau § 16 Abs. 2 Handelsgerichts-Ordnung, Zürich § 13 Abs. 2 GVG), dann ist dies zwar auch eine sachliche Prorogation, aber ohne Einschränkung des Instanzenzuges.
 - 3) Vgl. Keller/Pfisterer, N 4 zu § 13. Missverständlich bei Lutz, N 3 zu Art. 36.
 - 4) Die DZPO beschränkt die Prorogation ausdrücklich auf Gerichte erster Instanz (§ 38).
 - 5) Der Begriff der Gerichtsbarkeit bedeutet hier die Abgrenzung von Rechts- und Verwaltungsweg. Er enthält deshalb auch das Element der Zuständigkeit (Killer, 309 f.; Nikisch, 83).
 - 6) Vgl. vorne, 8.

Damit wird das Interesse der Parteien, vor ein ihnen genehmes Gericht zu gehen, berücksichtigt (1). Die hauptsächlichste Art von Prorogationen betrifft die örtliche Zuständigkeit (2,3).

- 1) Freilich wird die dispositive gesetzliche Zuständigkeitsregelung häufig durch Aufnahme von Gerichtsstandsklauseln in Allgemeine Geschäftsbedingungen ohne echte vertragliche Einigung faktisch aufgehoben. Solche, meist kleingedruckte und leicht zu übersehende Gerichtsstandsklauseln, die eine andere als die gesetzliche Zuständigkeit begründen, sind oft geeignet, den Gläubiger zu bevorzugen und die Prozessstellung des Schuldners entscheidend zu erschweren. Dieser Missstand wurde in der DZPO durch Novelle vom 1. April 1974 ausgemerzt, indem die Gerichtsstandsvereinbarung unter Nichtkaufleuten nun ausgeschlossen ist. Vgl. dagegen die schweizerische Praxis, die verlangt, dass die Zumutung, sich einem andern als dem verfassungsrechtlich garantierten Wohnsitzrichter zu unterwerfen, deutlich und auffällig ausgedrückt werden muss. (BGE 93 I 327 Erw. 5a; BJM 1967, 191; Sj 96 (1974) 50; SJZ 51 (1955) 314, 64 (1968) 206, 72 (1976) 149; ZBJV 112 (1976) 547; Guldener, IIZPR 75 Anm. 236.) Die Zustimmung zu interkantonalen (und internationalen) Zuständigkeitsvereinbarungen wird deshalb so streng geprüft, weil der Beklagte immerhin auf ein verfassungsmässiges Individualrecht verzichten und sich einer ihm u.U. vom System und von der Sprache her völlig fremden Prozessordnung unterwerfen will. Innerkantonale indessen ist m.E. kein so strenger Massstab notwendig. Der Beklagte bleibt im Hoheitsgebiet seines Kantons und damit im Zuständigkeitsbereich "seiner" Prozessordnung. Da zudem der Kläger nicht regelmässig der wirtschaftlich Stärkere und der Beklagte der Bedrängte ist, verstösst es kaum gegen die Bedürfnisse von Recht und Billigkeit, wenn der Beklagte vor einem andern Richter als dem an seinem Wohnsitz, aber immer noch innerhalb seines Kantons, auftreten muss. Eine schriftliche Gerichtsstandsvereinbarung, wie es die modernen Zivilprozessordnungen mehr und mehr verlangen, erleichtert aber die Beweisbarkeit. – Gemäss Uebereinkommen vom 27. September 1968 auf Grund von Art. 220 EWGV setzen in den EWG-Staaten Gerichtsstandsvereinbarungen eine schriftliche oder eine mündliche, aber schriftlich bestätigte Absprache voraus.
- 2) Vgl. Haas, 2 f.
- 3) "Prorogation" und "Gerichtsstandsvereinbarung" sind aus doppeltem Grunde nicht austauschbare Begriffe: Einmal, weil mit einer Gerichtsstandsvereinbarung nur die örtliche Zuständigkeit der Gerichte geändert werden kann, während mittels der Prorogation auch die sachliche und funktionelle Zuständigkeit geändert zu werden vermag (vgl. vorne, 23 f.), und weil Prorogation zudem das Institut der Einlassung umfasst (vgl. hinten, 26 f.). Prorogation enthält demnach ein Mehreres gegenüber der blossen Gerichtsstandsvereinbarung.

B. Einlassung

Lässt sich ein Beklagter ohne Vorbehalt auf einen Prozess vor einem unzuständigen Richter ein, so wird dieser ermächtigt, ihn anhand zu nehmen; er wird damit kompetent, selbst wenn der sich einlassende es aus Unverstand oder Gleichgültigkeit (1) tut. Die so begründete Kompetenz knüpft lediglich an das äussere Verhalten des Beklagten an, der – passiv – keine Unzuständigkeitseinrede (2) erhebt und – aktiv – zur Hauptsache verhandelt (3). Der Zuständigkeitsgrund der Einlassung dient weniger privaten, als vielmehr öffentlichen Interessen (4). Einerseits werden Formal-Streitigkeiten über die örtliche Zuständigkeit vermieden, und andererseits kann der Prozess materiell zu Ende geführt werden, ohne dass – entgegen dem Bedürfnis nach Verfahrensökonomie – ein anderes, das an sich zuständige Gericht, sich neu mit der Sache befassen muss (5). Unter Umständen ist daher das Anwendungsgebiet der

- 1) Das Ausmerzen von Formalismus und "Prozessfallen" (Ein Beispiel dazu bei Peter Rohrer, Fortbildung des aargauischen Zivilprozessrechtes, Aargauische Rechtsprechung im Gang der Zeit, Aarau 1969, 231.) und der Ausbau von richterlicher Fürsorgepflicht und Offizialmaxime (vgl. Eichenberger, Gedanken 459 und 470 ff.) verlocken den Beklagten immer mehr, sich seiner Verantwortung zu entledigen. Das Uebertragen von persönlicher Verantwortung auf Aemter und Behörden stellt eine allgemein zu beobachtende Tendenz dar.
- 2) Präklusionsprinzip. Im einzelnen Fall ist aber die Frage, ob sich der Beklagte aus Renitenz passiv verhalte oder ob er das Gericht für unzuständig ansehe und sich daher nicht einlassen wolle, schwer zu entscheiden.
- 3) Vorbringen, die nur Formelles beschlagen, werden nicht als Einlassung gewertet. Das Gebaren muss unzweideutig sein (BGE 87 I 133 f.). Hat sich der Beklagte in interkantonalen Verhältnissen gegenüber der Klage ganz passiv verhalten, so kann er noch vor zweiter Instanz die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erheben. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis (vgl. vorne, 25) muss der Beklagte den Verzicht auf die Gerichtsstandsgarantie unmissverständlich ausdrücken. Bei passivem Verhalten des Beklagten liegt keine Einlassung und mithin auch keine stillschweigende Prorogation vor (vgl. AGVE 1976, 73).
- 4) Hellwig, 282.
- 5) Vgl. Guldener, ZPR 95 Anm. 60.

Einlassung grösser als das der Zuständigkeitsvereinbarung (1). Ein kantonales Gesetz kann die Gerichtsstandsvereinbarung für eine Streitsache als unzulässig erklären, den unzuständigen Richter in der gleichen Angelegenheit aber als kompetent, wenn sich der Beklagte einlässt (2). Dies sollte allerdings nur dann statthaft sein, wenn die Prozessordnung die Einlassung als selbständigen Kompetenzgrund ausdrücklich vorsieht. Wollte man nämlich die Einlassung als kompetenzbegründend auch dann annehmen, wenn die Prozessordnung dies nicht ausdrücklich vorsieht, so gelangte man zu der Fiktion, die Einlassung sei Ausdruck einer stillschweigenden Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien (3). Damit entstünde ein unerträglicher Widerspruch zur Prozessordnung dann, wenn diese die Vereinbarung als Prorogationsgrund nicht erwähnt oder ablehnt und andererseits eine Interpretationstautologie, wenn die Vereinbarung als kompetenzbegründend ohnehin vorgesehen ist.

III. Sinn der Unterscheidung

Die Auffassung, dass die durch zahlreiche Prozessordnungen ermöglichte Kompetenzbegründung durch Einlassung auf stillschweigender Vereinbarung der Prozessparteien beruhe (4), halte ich für unrichtig. Es liegt

- 1) A. A. Berger, 283, Günstzburger, 144, und Weissmann, 68, die wegen einer – unterstellten – funktionellen Einheit des Prorogationsinstitutes den Anwendungsbereich der Vereinbarung für gleichgross erklären wie den der Einlassung.
- 2) Vgl. Guldener, l. c.; BGE 87 I 133 f.
- 3) In einigen Zivilprozessordnungen wird für den Fall, dass sich der Beklagte vor einem unzuständigen Richter einlässt, tatsächlich die Fiktion aufgestellt, zwischen den Parteien sei eine Prorogationsvereinbarung abgeschlossen worden. Vgl. Guldener, ZPR 96; Walder, Passivität 106.
- 4) Aus Text oder Marginale ersichtlich z. B. im Kanton Aargau § 13 ZPO (vgl. aber den Entwurf zu einer neuen ZPO, §§ 60 f.), Basel-Stadt § 11 ZPO, Bern Art. 27/8 ZPO, Freiburg Art. 73/4 ZPO, Schaffhausen Art. 70/1 ZPO.

offensichtlich keine Vereinbarung vor, wenn der Beklagte den an sich unzuständigen Richter für kompetent hält und sich deshalb auf die Klage einlässt. Vielmehr verzichtet der Beklagte, ob bewusst oder aus Unwissenheit, auf die Einrede der Unzuständigkeit und prorogiert damit die Kompetenz, sofern die Prozessordnung den Zuständigkeitsgrund der Einlassung kennt. Anders, wenn eine Prozessordnung den kompetenzbegründenden Tatbestand der Einlassung nicht kennt: In diesem Falle ist die Einlassung per definitionem unmöglich; der Richter muss sich von Amtes wegen als unzuständig erklären und die Klage von der Hand weisen (1). Tut er dies aus Irrtum oder Nachlässigkeit nicht, so kann der Beklagte in jedem Prozessstadium die Unzuständigkeit erfolgreich geltend machen.

Wird die Einlassung als kompetenzbegründend anerkannt, so bedarf es der Fiktion nicht, sie beruhe auf stillschweigender Vereinbarung des Beklagten mit dem Gegner (2), vielmehr ist die Einlassung ein durchaus selbständiger Tatbestand (3, 4).

Da sowohl Vereinbarung als auch Einlassung, wie gesehen, kompetenzbegründend sein können, stellen beide Formen der Prorogation dar (5).

-
- 1) Vgl. Walder, Prozesserledigung 31.
 - 2) Ueber die Kontroverse, ob die Einlassung eine stillschweigende Vereinbarung, Präsumtion oder Fiktion sei, vgl. Weissmann, 59 ff.
 - 3) Vgl. Günstzburger, 141 ff.; Haas, 31; Weissmann, 65 ff.
 - 4) Beide kompetenzbegründenden Tatbestände kennen Genf Art. 57 GVG und Art. 77/8 ZPO, Glarus Art. 19/20 ZPO, Luzern § 51 ZPO, Nidwalden § 16 ZPO, Schwyz §§ 11/2 ZPO, Solothurn §§ 23/4 ZPO, Tessin Art. 22 ZPO, Waadt Art. 58/73 ZPO, Zürich §§ 11/2 ZPO.
 - 5) A. A. Kummer, 47, der Prorogation und Einlassung nebeneinander den vereinbarten Gerichtsständen unterstellt. Richtig bei Eichenberger, Beiträge 26 f. Vgl. auch Walder, Prozesserledigung 40.

IV. Anwendung

Der Vorrang des eidgenössischen Rechts gegenüber dem kantonalen ist absolut, weshalb jeder kantonale Rechtssatz, der im Gegensatz zu den Bestimmungen der Bundesgesetzgebung steht, ungültig ist (1). Wenn daher eine bundesrechtliche Gerichtsstandsnorm die Prorogation vorsieht, so kann der Kanton sie nicht verbieten, und er darf sie dann nicht zulassen, wenn das Bundesrecht sie ablehnt.

Die entgegengesetzte Ansicht, dass angesichts einer durch das Bundesrecht als dispositiv statuierten Gerichtsstandsnorm die Kantone dennoch frei seien, die Zulässigkeit einer Prorogation zu verbieten (2), halte ich für irrig (3). Zwar unterstehen die Gerichtsstandsvereinbarungen dem Prozessrecht (4), weshalb ihre Regelung grundsätzlich in die Kompetenz der Kantone fällt (5). Der Bund kann aber auch im Prozessrecht von seiner Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch machen und eigene Gerichtsstände aufstellen (6). Wenn diese nicht zwingend sind, dann gesteht der Bundesgesetzgeber den Parteien zu, die örtliche Zuständigkeit eines Gerichtes selbst zu bestimmen; kantonale Prozessvorschriften dürfen ihnen diese Möglichkeit nicht nehmen. Könnten sie es, so wäre es für die Parteien verwirrt und unbefriedigend, wenn eine dispositive eidgenössische Gerichtsstandsnorm in einem Kanton prorogiert werden

-
- 1) Fleiner/Giacometti, 92 f.; Burckhardt, Eidgenössisches Recht 60.
 - 2) Guldener, ZPR 94 f.; Hess, Grundlagen 158; BGE 68 II 167, 87 III 26 f.
 - 3) Ebenso Berger, 290 f., Fischer, 90 ff., Günzburger, 299 f. Gleicher Meinung scheinbar auch Fritzsche, I 152 Anm. 243. Auch Guldener, ZPR 94 Anm. 53 hält nun dafür, dass diese andere Ansicht zumindest vertretbar sei. Dieser Auffassung war er in der zweiten Auflage seines Buches noch nicht.
 - 4) Weissmann, 33; BGE 87 III 26.
 - 5) Vgl. vorne, 11.
 - 6) Vgl. vorne, 13.

dürfte, in einem anderen aber nicht (1,2). Deshalb ist die Ansicht Guldenerns unzutreffend und abzulehnen, dass zum Beispiel der vom Bundesrecht als nicht zwingend ausgebildete Gerichtsstand der Erbschaft (3) durch Parteivereinbarung nicht abgeändert werden könne, sofern ein kantonales Prozessgesetz die Möglichkeit einer Prorogation auf Prozesse über Schuldverträge beschränkt (4,5).

Soweit das Bundesrecht keine Gerichtsstandsvorschriften enthält, ist es den Kantonen unbenommen, die Prorogation (6) sowohl nach Inhalt (7)

- 1) Vgl. SJZ 50 (1954) 212 Nr. 114 i.f.
- 2) Missverständnis Guldener: Einerseits pflichtet er der Ansicht bei, dass kantonale Prozessgesetze über Zulässigkeit einer Prorogation einer dispositiven bundesrechtlichen Gerichtsstandsvorschrift befinden können; andererseits lehnt er die Auffassung von SJZ 50 (1954) 212 ab, wonach Gerichtsstandsvereinbarungen bei Aberkennungsklagen (vgl. hinten, 44 ff.) nach zürcherischer Praxis unzulässig seien (ZPR 93 Anm. 51).
- 3) Vgl. vorne, 9 Anm. 4.
- 4) ZPR 95 Anm. 60.
- 5) Unhaltbar der Entscheid in ZR 56 (1957) Nr. 102, wonach die von Bundesrechts wegen zugelassene Prorogation der Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) durch das kantonale Recht ausgeschlossen werden könne. Guldener, ZPR 93 Anm. 5; Fritzsche, I 152 Anm. 243. Ebenso falsch SJZ 50 (1954) 212. Vgl. hinten, 44 ff.
- 6) Beide Arten der Prorogation kennen Aargau §13 ZPO, Appenzell A. Rh. Art. 42 ZPO, Appenzell I. Rh. Art. 34 ZPO, Basel-Landschaft §§33/7 ZPO, Basel-Stadt §11 ZPO, Bern Art. 27/8 ZPO, Freiburg Art. 73/4 ZPO, Genf Art. 57 GVG und Art. 77/8 ZPO, Glarus Art. 19/20 ZPO, Graubünden Art. 28/104 ZPO, Jura Art. 26/7 ZPO, Luzern §51 ZPO, Neuenburg Art. 14/5 ZPO, Nidwalden §16 ZPO, Obwalden Art. 21 ZPO, St. Gallen Art. 91 ZPO, Schaffhausen Art. 70/1 ZPO, Schwyz §§11/2 ZPO, Solothurn §§23/4 ZPO, Tessin Art. 22 ZPO, Thurgau §19 ZPO, Uri §§35/6 ZPO, Waadt Art. 58/73 ZPO, Zug §2 ZPO, Zürich §§11/2 ZPO. Nur Einlassung kennt Wallis Art. 20 ZPO. Kennt eine Zivilprozessordnung nicht beide Institute der Prorogation, muss damit das andere nicht ausgeschaltet sein. Im Hinblick auf die von Bundesrechts wegen der Prorogation zugänglichen Gerichtsstände wäre eine derartige Folgerung nicht angängig.
- 7) Prorogation wird nur zugelassen bei vermögensrechtlichen Ansprüchen im Kanton Aargau §13 ZPO, Basel-Landschaft §33 ZPO, Basel-Stadt §11 ZPO, Luzern §51 ZPO, Uri §35 ZPO.

und Form (1) nach eigenem Gutdünken zu gestalten (2). Diese Freiheit geht soweit, dass einige Kantone es sogar dem Richter überlassen, die Anhandnahme eines Prozesses abzulehnen, obwohl die Prorogation in der Prozessordnung an sich vorgesehen ist und die Parteien davon Gebrauch zu machen wünschen (3).

Prorogation ist beschränkt auf Streitigkeiten aus Verträgen im Kanton Bern Art. 27 ZPO, Jura Art. 26 ZPO, Uri § 36 ZPO, Zug § 2 ZPO.

- 1) Schriftlichkeit der Vereinbarung verlangen Appenzell A.Rh. Art. 42, Basel-Landschaft § 33 ZPO, Bern Art. 27 ZPO, Freiburg Art. 73 ZPO, Glarus Art. 19 ZPO, Graubünden Art. 28 ZPO, Jura Art. 26 ZPO, Luzern § 51 ZPO, Nidwalden § 16 ZPO, Schaffhausen Art. 70 ZPO, Schwyz § 11 ZPO, Solothurn § 23 ZPO, Tessin Art. 22 ZPO, Uri § 35 ZPO, Zug § 2 ZPO, Zürich § 11 ZPO.

Die Kritik von Fischer, 90 f., der Bund müsse die zur Prorogation eidgenössischer Gerichtsstandsvorschriften erforderlichen Vorschriften selber erlassen (vgl. Guldener, ZPR 260 Anm. 8), damit die Kantone nicht mit zu hohen Anforderungen die Prorogation von eidgenössischen Gerichtsständen illusorisch machen, ist im Prinzip begründet, doch bestehen besondere Vorschriften nur insofern, als dass Schriftform oder statt des Gerichtsstandsvertrages die die gleiche Wirkung erzielende französisch-rechtliche *élection de domicile* gefordert werden.

Im französischen Sprachgebiet hat in der Regel die Domizilverzeigung die Bedeutung eines Gerichtsstandsvertrages (BGE 32 I 647 f., 75 I 35), nicht aber im deutschen (BGE 33 I 738).

- 2) Kantonales Recht entscheidet, ob einer kantonalen Gerichtsstandsvorschrift derogiert werden kann (Guldener, ZPR 260 Anm. 8; derselbe, IIZPR 169).
- 3) Die Gerichte können eine Prorogation ablehnen, wenn die Parteien keine enge Beziehung zum Kanton haben oder wenn die Rechtspflege unnötig belastet würde.
Eine Gerichtsstandsvereinbarung nicht zurückweisen können Glarus Art. 19 ZPO, Graubünden Art. 28 ZPO, Basel-Stadt § 11 ZPO (SJZ 66 (1970) 79), Neuburg Art. 14 ZPO (ausdrücklich). Wenn eine Partei Wohnsitz, Geschäftsniederlassung oder Heimatort im Kanton besitzt, kann auch Uri § 35 ZPO nicht ablehnen.
Falls eine Partei Wohnsitz oder Geschäftsniederlassung im Kanton besitzt, so sind an eine Zuständigkeitsvereinbarung gebunden Bern Art. 27 ZPO (Um die übrigen Fälle abzulehnen, kann Geschäftslast der Gerichte mitbestimmend sein, Leuch, N 5 zu Art. 27.), Jura Art. 26 ZPO, Freiburg Art. 73 ZPO, Nidwalden § 16 ZPO, Obwalden Art. 21 ZPO, St.Gallen Art. 91 ZPO, Solothurn § 23 ZPO,

Zug § 2 ZPO (Bei Ueberlastung können die anderen Fälle abgelehnt werden, SJZ 72 (1976) 150.), Zürich § 11 ZPO (und wenn Schweizer mit Wohnsitz im Ausland) (Die andern Fälle dürfen ohne Begründung abgelehnt werden, Sträuli/Messmer, N 24 zu § 11 ZPO.). Wenn eine Partei Wohnsitz im Kanton hat, treten Luzern § 51 ZPO, Schaffhausen Art. 70 ZPO, Schwyz § 11 ZPO (und wenn Schweizer mit Wohnsitz im Ausland) auf die Prorogation ein. Eine Zuständigkeitsvereinbarung ist nur möglich, wenn eine Partei Wohnsitz genommen hat in Genf Art. 57 GVG und in der Waadt Art. 73 ZPO und im Tessin Art. 22 ZPO, so eine Partei über ihren ordentlichen oder besonderen Gerichtsstand im Tessin verfügt. Thurgau kann nur sachlich begründet ablehnen (Böckli, N 1 zu § 19), Ueberlastung reicht nicht (RBOG 1968 Nr. 15).

Zweiter Teil

GERICHTSSTAENDE IM SCHULDBETREIBUNGSRECHT

§ 4 Begriff und Quellen des Schuldbetreibungs- rechtes

Als Schuldbetreibung oder Betreibung wird das staatliche Zwangsvollstreckungsverfahren bezeichnet, das dem Gläubiger einer Geldforderung oder dem Berechtigten auf Sicherheitsleistung mittelst der Betreibungsgesetzgebung zur Durchsetzung seiner Ansprüche zur Verfügung steht (1). Dass das Verfahren nach der Einleitungsphase "Betreibung" in Pfändung (Spezialexekution) oder in Konkurs (Generalexekution) ausmünden kann, ist begrifflich nicht von wesentlicher Bedeutung (2). Nachstehend wird der Begriff Betreibung immer in seinem umfassenden Sinne verwendet, wenn nicht ausdrücklich zwischen Pfändungs- oder Konkursverfahren unterschieden ist.

Das Betreibungsrecht ist seit 1889 eidgenössisch geregelt. Die Normen finden sich im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs und in einer Reihe von Nebengesetzen. Dazu kommen Verordnungen und Beschlüsse des Bundesrates und des Bundesgerichtes. Einzelne Weisungen hat auch die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes erlassen (3).

1) Vgl. Art. 38 f. SchKG.

2) Das schweizerische Betreibungsrecht kennt fünf Arten von Betreibungen: die Betreibung auf Pfändung, auf Pfandverwertung, auf Konkurs und die Wechsel- und die Miet- oder Pachtzinsbetreibung.

3) Vgl. die Zusammenstellung bei Jaeger/Daeniker, Schuldbetreibung und Konkurs, 8. A., Zürich 1973.

Die Schuldbetreibung ist, wie gesagt, Zwangsvollstreckung auf Grund der Normen der Betreibungsgesetzgebung, und sie bezieht sich ausschliesslich auf Geld- oder Sicherungsansprüche. Zwangsvollstreckung ist aber keineswegs gleichbedeutend mit Betreibung, denn daneben besteht das Bedürfnis, die verschiedensten anderen, nicht auf finanzielle Leistung gerichteten Ansprüche auf dem Zwangswege durchzusetzen. Zwangsvollstreckung für diese anderen Ansprüche wird durch die Prozessgesetze geregelt. Wenn aber Zwang auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung gerichtet ist, gleichgültig, ob sich der Verpflichtungsgrund auf privates oder öffentliches Recht stützt, so muss das SchKG mit all seinen Nebenerlassen angewendet werden (1). Entsprechende Hinweise in anderen Gesetzen sind daher im Grunde überflüssig (2).

§ 5 Aufgaben der Gerichte im Rahmen des Betreibungsrechtes

I. Schuldbetreibung und Zivilprozess

Die Durchführung der Schuldbetreibung obliegt den Betreibungs- und Konkursbeamten. Das Verfahren richtet sich nach der Betreibungsgesetzgebung. Sein richtiger Gang wird durch die Aufsichtsbehörden gewährleistet, die Fehler – aus Willkür oder Irrtum – der Aemter korrigieren.

-
- 1) Vgl. Art. 38 ff. SchKG; Ausnahmen in Art. 30 SchKG. Vgl. auch Becker, Obligationenrecht, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. A., Zürich 1941, N 101 zu Art. 97; Imboden/Rhinow, 301 f.
 - 2) Z. B. in Art. 97 Abs. 2 OR, Art. 40 BG über das Verwaltungsverfahren und § 376 aarg. ZPO.

Das Betreibungsverfahren ist verwaltungsrechtlicher Natur (1); die Beamten haben nicht zu entscheiden, sondern zu vollziehen (2).

Die Betreibung kann angehoben werden, ohne dass durch ein richterliches Urteil die Rechtmässigkeit der Zwangsvollstreckung festgestellt worden ist. In vielen Fällen zeigt sich jedoch im Laufe des Verfahrens, dass die Ansprüche des Gläubigers oder die Einreden des Schuldners nur vermeintlich bestehen oder dass das Vermögen des Schuldners, auf das der Gläubiger greifen will, nicht genau bestimmt ist. Solche strittige Rechtsverhältnisse münden notwendig in eine zivilprozessuale Auseinandersetzung, durch die entschieden wird, was rechtens ist. Dann erst kann das Vollstreckungsverfahren auf Grund des richterlichen Urteils fortgesetzt werden (3).

Auf Grund ausdrücklicher Vorschriften des Betreibungsgesetzes (4) entscheidet der Richter in erster Linie über eine Reihe von Fragen, die zwischen Betreibendem und Betriebenem oder mit Dritten strittig sind (5). Daneben aber erlässt er auch Verfügungen auf einseitiges Begehren ei-

-
- 1) Vgl. Kummer, Anwendung 356.
 - 2) "Im Vollstreckungsverfahren wird nicht mehr abgewogen und entschieden, sondern zugegriffen", Schönke/Baur, 22. Trotzdem hat der Beamte im Einzelfalle sowohl die Interessen des Gläubigers an einer raschen Vollstreckung wie auch die des Schuldners an einer schonenden zu wahren (vgl. Art. 95 Abs. 5 SchKG und Schmidt, 874). "Der Betreibungsbeamte darf daher vor allem nicht ein Bürokrat oder ein Schematiker sein, der - um mit dem Dichter Otto Ernst zu sprechen - 'seine Pflicht tut und sonst nichts auf der Welt' ", Kummer, Anwendung 357.
 - 3) Im Erkenntnisverfahren wird die Rechtsgewissheit im Einzelfalle hergestellt, im Vollstreckungsverfahren der rechtmässige Zustand zwangsweise durchgesetzt (vgl. Guldener, Zwangsvollstreckung 20). (Italien z.B. kennt eine solch völlige Trennung in Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren nicht, vgl. BlSchKG 37 (1973) 3 (Aufsatz Naegele).)
 - 4) Vgl. Art. 22 f. SchKG und AGVE 1958, 50.
 - 5) Uebersicht über die im SchKG vorgesehenen richterlichen Entscheidungen bei Weber/Brüstlein/Reichel, N 1 und 2 zu Art. 22; Jaeger, N 2 zu Art. 22.

nes am Vollstreckungsverfahren Beteiligten, die – wie z.B. die Konkurseröffnung – für den Betroffenen wirtschaftlich ausserordentlich einschneidend sein können (1).

II. Arten der Klagen

Die auf Grund des Betreibungsrechtes zu erhebenden Klagen sind entweder materiellrechtlicher Natur, durch die über die Existenz von Ansprüchen befunden wird, oder aber betreibungsrechtlicher, durch die der weitere Gang des Vollstreckungsverfahrens bestimmt (oder überhaupt erst ermöglicht) wird.

A. Materiellrechtliche Klagen

Die materiellrechtlichen Klagen zielen auf Feststellung von Bestand oder Nichtbestand von Forderungen, die sich aus Vertrag, unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung ergeben (2). Diese Klagen sind nicht notwendig an das Betreibungsrecht gebunden. Sie können und werden meist ohne Zusammenhang mit einem konkreten Vollstreckungsverfahren geführt und bilden sehr oft erst die Grundlage, um letzteres einzuleiten. Ist das Betreibungsverfahren aber angehoben, jedoch durch Bestreitung des geltend gemachten Anspruches, Rechtsvorschlag des Betriebenen, gehemmt worden, so müssen sie, soll das Verfahren weiter-

1) Vgl. Blumenstein, 110, und hinten, 124 ff.

2) Die materiellrechtlichen Klagen des SchKG lassen sich deshalb in Feststellungsklagen, Rückforderungsklagen einer infolge Betreibung bezahlten Nichtschuld und in Schadenersatzklagen einteilen. Ausnahmsweise zielen sie auch auf Abklärung, wer oder was für eine Forderung einzustehen hat, vgl. Klage auf Vollschuld einer Ehefrau gemäss Art. 68 bis SchKG.

gehen können, ausgefochten und richterlich rechtskräftig erledigt werden. Ein rechtlicher Unterschied zu gleichartigen Prozessen, die ausserhalb des Betreibungsverfahrens geführt werden, besteht nicht. Dagegen können sich verschiedene Gerichtsstände ergeben (1).

B. Betreibungsrechtliche Klagen

Die betreibungsrechtlichen Klagen ergeben sich ausschliesslich aus dem Betreibungsverfahren. Ausserhalb der Zwangsvollstreckung besteht für sie kein Raum. Die Notwendigkeit eines Rechtsöffnungsbegehrens gemäss Art. 80 ff. SchKG oder einer Anschlussklage gemäss Art. 111 SchKG z. B. kann nur im Zusammenhange mit einer Betreibung entstehen. Die Situation, die eine Rechtsöffnung oder einen privilegierten Pfändungsanschluss verlangt, wird einzig und allein von der Zwangsvollstreckung geschaffen. Die betreibungsrechtlichen Klagen sind daher so eng mit dem Verfahren verknüpft, dass sie als Bestandteil desselben gelten. Der Prozess wird selten im ordentlichen, meist im beschleunigten oder gar summarischen Verfahren durchgeführt.

Die betreibungsrechtlichen Klagen lassen sich in zwei Gruppen unterteilen:

-
- 1) Die Arrestprosequierungsklage, eine Feststellungsklage (vgl. hinten, 48 ff.), ist in einigen Kantonen am Arrestorte, also am *forum rei sitae*, und nicht am ordentlichen Gerichtsstande des Beklagten anzuheben. – Die Aberkennungsklage, eine (negative) Feststellungsklage (vgl. hinten, 44 ff.), kann am Betreibungsorte angehoben werden. Der Betreibungsort ist aber dann nicht mit dem ordentlichen Gerichtsstande des Schuldners identisch, wenn bei einer Betreibung auf Pfandverwertung der Betreibungsort am Orte der gelegenen Sache gewählt worden ist (vgl. Art. 83 SchKG in Verbindung mit Art. 51 SchKG).

1. Rein betreibungsrechtliche Klagen

Sie betreffen allein den Gang der Betreuung. Sie haben zum Ziel, ein angehobenes Zwangsvollstreckungsverfahren zu unterbrechen oder ein unterbrochenes wieder fortzusetzen. Im Prozesse stehen sich nur Gläubiger und Schuldner gegenüber. Als Beispiele wären etwa das Rechtsöffnungsbegehren gemäss Art. 80 ff. SchKG und das Begehren um Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreuung gemäss Art. 181 SchKG zu nennen.

2. Betreibungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse

Hier geht einer angestrebten (1) betreibungsrechtlichen Massnahme die Prüfung der materiellen Rechtslage voraus. Einerseits muss, um den Umfang der Pfändungs- oder Konkursmasse bestimmen zu können, abgeklärt werden, welche Sachen überhaupt dem Schuldner gehören und ob und in welcher Höhe allfällig seine Grundstücke belastet sind. Andererseits muss untersucht werden, ob ein am Verfahren Beteiligter überhaupt Gläubiger ist und in welchem Verhältnis verschiedene Gläubiger zueinander stehen. Die betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung sind mit den materiellrechtlichen Beziehungen zwischen Dritten oder Gläubigern und Schuldner verknüpft. Die Schlüsse, die aus diesen Abklärungen gezogen werden, wirken direkt auf die Betreuung. So kann ein Gläubiger von einer Betreuung ausgeschlossen oder die von einem Dritten beanspruchte Sache verwertet werden, wenn sich nach Prüfung der materiellrechtlichen Lage ergibt, dass der Anspruch unbegründet ist.

1) Ausnahme: Die Freigabeklage nach Art. 107 SchKG und die Aussonderungsklage nach Art. 242 Abs. 2 SchKG sollen vor einer betreibungsrechtlichen Massnahme schützen und verhindern, dass die vom Kläger - der nicht Gläubiger ist - beanspruchte Sache im Interesse des Gläubigers verwertet wird.

III. Unterschiedliche Wirkung von materiellrechtlichen und betreibungsrechtlichen Klagen

Die Urteile über materiellrechtliche Klagen, die im Laufe des Zwangsvollstreckungsverfahrens aufgehoben werden, erwachsen wie diejenigen der Prozesse, die ohne Betreibung geführt werden, in Rechtskraft. Der Prozess ist definitiv zu Ende, und die Entscheidung ist verbindlich und grundsätzlich unabänderlich. So ist bei Gutheissung der Anerkennungsklage nach Art. 79 SchKG die Schuld endgültig festgestellt. Damit ist eine Betreibung gerechtfertigt. Der Schuldner kann nach erfolgter Zwangsvollstreckung die Berechtigung der Betreibung nicht mehr mit Hilfe der Rückforderungsklage in Frage stellen (1).

Dagegen entfalten die Urteile über betreibungsrechtliche Klagen nur Wirkung auf die hängige Betreibung. Weist z. B. der Richter ein Rechtsöffnungsbegehren ab, so wird das aufgehobene Betreibungsverfahren gehemmt und aufgehoben, sofern es dem Gläubiger nicht gelingt, innerhalb einer bestimmten Frist (2) ein materiellrechtliches Urteil vorzulegen. In einer neuen Betreibung kann jedoch für die gleiche Forderung und bei gleicher Rechts-, aber verbesserter Beweislage durchaus ein neues Rechtsöffnungsverfahren geführt werden. Ebenso ist es dem Betriebenen möglich, nach beendigter Zwangsvollstreckung und Zahlung die Rückforderungsklage gemäss Art. 86 SchKG wegen Nichtschuld anzurufen, wenn er beispielsweise gegen einen Entscheid auf provisorische Rechtsöffnung nicht Aberkennungsklage geführt hatte (3). Die Frage nach dem Bestand einer in Betreibung gesetzten Forderung ist also durch das provisorische Rechtsöffnungsurteil nicht präjudiziert (4); der Entscheid hat keine materielle Rechtskraft.

1) Vgl. Walder, Tafel 16.

2) Vgl. Art. 88, 154 und 166 SchKG.

3) Vgl. Walder, Tafel 16.

4) Im summarischen Verfahren ergangene Entscheidungen sind für den ordentlichen Richter nicht bindend, vgl. Guldener, Zwangsvollstreckung 51.

Anders bei den betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung, die über das konkrete Betreibungsverfahren hinaus noch auf einen ganz anderen Rechtskreis wirken (1). Bei diesen Klagen bildet die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des behaupteten materiellrechtlichen Verhältnisses lediglich Voraussetzung für einen weiteren Schritt in der Zwangsvollstreckung. Nur an diesem weiteren Schritt ist das SchKG interessiert. Die Reflexwirkung auf das materielle Rechtsverhältnis ist ein nicht angestrebtes Nebenprodukt, jedoch unumgänglich für den Fortgang des Verfahrens. Daher liegt auch bei den betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung das Schwergewicht im betreibungsrechtlichen Gebiet, aber mit einer unvermeidlichen Anschlusswirkung im materiellrechtlichen Bereich. Fällt die Betreibung dahin, so fallen von selbst auch die Wirkungen im materiellrechtlichen Bereich weg, soweit sie noch rückgängig zu machen sind. Zieht also zum Beispiel der Gläubiger die Betreibung zurück, so erhält der Dritte, dessen Eigentumsanspruch an einem gepfändeten Gegenstande des Schuldners im Widerspruchsprozess abgelehnt worden ist, wieder Verfügungsgewalt wie ein Eigentümer an der betreffenden Sache, sofern sie in der Zwischenzeit nicht schon verwertet worden ist. Die betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung können deshalb die Eigentumsverhältnisse beeinflussen (2).

IV. Unterschiedliche Kompetenz in der Gerichtsstandsbestimmung

Die Kompetenz zur Regelung der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte hängt von der rechtlichen Natur der Klagen ab. Die Gerichtsstände für

1) Vgl. vorne, 38.

2) Als weitere Folge privatrechtlicher Natur einer Betreibungshandlung wäre z.B. die Verfügungsbeschränkung infolge Pfändung, Arrest oder Konkurs aufzuzählen. Vgl. Guldener, Zwangsvollstreckung 43.

materiellrechtliche Streitigkeiten werden von den Kantonen geregelt. Dies gebietet die allgemeine Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen (1).

Dagegen sind die Kantone für die Bestimmung der Gerichtsstände für betreibungsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich nicht zuständig. Diese Klagen bilden Bestandteil des Zwangsvollstreckungsverfahrens (2). Da das Verfahren eidgenössisch geregelt ist, sind die Fora der meisten betreibungsrechtlichen Klagen vom Betreibungsgesetz festgesetzt und dort, wo eine ausdrückliche Vorschrift fehlt, durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung bestimmt. Dennoch sind nicht alle betreibungsrechtlichen Klagen in dieser Weise erfasst worden. Insbesondere bei einigen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht ist die Bestimmung der Gerichtsstände den Kantonen überlassen. Diese Praxis halte ich für unrichtig. Alle betreibungsrechtlichen Klagen, ob mit oder ohne Reflexwirkung, sollten, ja müssten, einen von der Betreibungsgesetzgebung oder von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zugewiesenen Gerichtsstand erhalten (3).

§ 6 Materiellrechtliche Streitigkeiten

I. Feststellungsklagen

A. Forderungsklage

a) Inhalt

Eine Zwangsvollstreckung kann ohne materiellrechtliche Prüfung der Begründetheit des behaupteten Anspruches eingeleitet werden. Dies ergibt

1) Vgl. vorne, 11

2) Vgl. BGE 25 I 37 f.

3) Vgl. hinten, 74 ff. und 113 ff.

sich aus dem formalrechtlichen Charakter der Zwangsvollstreckung. Setzt sich der Schuldner jedoch mittelst Rechtsvorschlag zur Wehr und verfügt der Gläubiger nicht über einen Rechtsöffnungstitel, so muss der Betreibende gemäss Art. 79 SchKG die Forderungsklage anheben, damit im ordentlichen Prozess das tatsächliche Forderungsverhältnis festgestellt wird. Die Klage ist daher materiellrechtlicher Natur (1).

b) Gerichtsstand

Das SchKG enthält keine Norm für den Gerichtsstand der Anerkennungsklage. Unter Vorbehalt von Art. 59 BV sind die Kantone befugt, die örtliche Zuständigkeit der Gerichte zu bestimmen. Da der Anspruch des Gläubigers persönlicher Natur ist, wird das ordentliche Forum, normalerweise des Beklagten, kompetent sein.

c) Prorogation

Eidgenössisches Recht steht einer Prorogation dieser Forderungsklage nicht im Wege (2).

B. Klage auf Feststellung der Vollschild der Ehefrau

a) Inhalt

Besteht in einer Ehe Gütertrennung, so haften beide Ehegatten für ihre Schulden vollständig getrennt. Der Ehemann braucht nicht mit seinem Vermögen für die Gläubiger seiner Gattin einzustehen, ebenso nicht, wenn bei den andern Güterständen Befriedigung lediglich aus dem Son-

1) Vgl. auch Art. 154 Abs. 4 und Art. 186 SchKG.

2) Vgl. vorne, 30 f.

dergute verlangt wird. Der Ehemann ist jedoch stets dann in das Verfahren einzubeziehen, wenn die Klage auf Vollschuld der Ehefrau geht, d.h. auf Haftung des eingebrachten Frauengutes bei der Güterverbindung oder des Gesamtgutes bei der Gütergemeinschaft (1). In diesen Fällen hat der Gläubiger die Betreuung gegen beide Ehegatten anzustringen. Das Betreibungsamt stellt hierauf zwei Zahlungsbefehle aus, denn die Interessen der Ehefrau als Betreuungsschuldnerin und Eigentümerin des eingebrachten Gutes und die des Ehemannes als Verwalter und Nutzniesser des eingebrachten Gutes oder Gesamtgutes können kollidieren (2). Wird Rechtsvorschlag erhoben, so muss der Betreibende auf Feststellung der Vollschuld der Ehefrau klagen (3), wobei die materiellrechtliche Sachlage behandelt wird.

b) Gerichtsstand

Es gilt der ordentliche Gerichtsstand (4). Bei getrenntem Wohnsitz ist derjenige der betriebenen Ehefrau als Hauptschuldnerin massgebend. Die Betreuung des Ehemannes ist einzig akzessorischer Natur (5).

c) Prorogation

Da sich der Prozess allein um vermögensrechtliche Streitigkeiten dreht, dürften Absprachen zwischen den Parteien weder Bedürfnisse der Allge-

1) Vgl. Art. 68 bis SchKG; ZBJV 90 (1954) 104 (Aufsatz Merz); Rüttimann, 163 ff.

2) Vgl. SJZ 63 (1967) 224.

3) Erhebt nur der Ehemann Rechtsvorschlag und wird der Rechtsvorschlag nicht beseitigt, so ist Pfändung des Sonderguts möglich (BlSchK 30 (1966) 77).

4) Sj 89 (1967) 85; vgl. Forderungsklage, vorne, 41 f.

5) Vgl. Rüttimann, 167.

meinheit noch Dritter entgegenstehen, weshalb der Gerichtsstand - kan-
tonale Einschränkungen vorbehalten (1) - nicht zwingend ist.

C. Aberkennungsklage

a) Inhalt

Nach Gewährung provisorischer Rechtsöffnung kann der Schuldner ge-
mäss Art. 83 Abs. 2 SchKG auf dem ordentlichen Prozessweg auf Ab-
erkennung der Forderung klagen. Die Rechtsnatur des Streites war lan-
ge umstritten (2).

Einerseits ist die Ansicht von einer betriebsrechtlichen Einrichtung
verbreitet, weil der Betriebene die provisorische Rechtsöffnung aufhe-
ben lassen und damit die Möglichkeit der Vollstreckung beseitigen und
die allfällig vorgenommenen vorläufigen Vollstreckungsmassnahmen (3)
wieder hinfällig machen will. Die Klage sei demnach ein Rechtsmittel,
in dem in untergeordneter Weise auch zivilrechtliche Momente mit-
schwängen (4).

Nach der andern Meinung stellt die Aberkennungsklage lediglich gericht-
lich die Nichtexistenz der in Betreuung gesetzten Forderung fest, wes-
halb sie eine negative, materiellrechtliche Feststellungsklage sei (5, 6).

-
- 1) Vgl. Uebersicht über Prorogation, vorne, Anmerkungen Seite 30 f.
 - 2) Uebersicht bei Syz, 1 ff.
 - 3) Provisorische Pfändung und Güterverzeichnis.
 - 4) G. Huber, 36. Aehnlich Weber/Brüstlein/Reichel, N4 zu Art. 83; Brand, Rechtsöffnungskosten 34. BGE 27 II 643, 41 III 158, 56 II 136.
 - 5) Blumenstein, 309; Jaeger, N 10 zu Art. 83; Overbeck, 59; Fritzsche, I 151; Syz, 9; Favre, 158. BGE 36 II 454, 91 II 111, 95 II 621; Sj 88 (1966) 215; ZBJV 110 (1974) 520; ZR 66 (1967) Nr. 112.
 - 6) Zwischen diesen beiden Meinungen steht Hess (Aberkennungsklage, 307), der die Klage eine gemischte materiell-betriebsrechtlichen Inhalts, eine Klage sui generis nennt, weil die materiellrechtliche Konstruktion den Einschränkungen, die das Betriebsrecht im In-

Diese Auffassung ist heute allgemein anerkannt und vorzuziehen. Die Forderungs- und die Aberkennungsklage – beide in das Einleitungsverfahren der Betreibung eingebaut – sind wesensgleich, weil sie dem gleichen Zwecke dienen. Sie zielen auf Klärung umstrittener materieller Rechtsverhältnisse durch den Zivilprozess. Das Urteil geniesst formelle und materielle Rechtskraft. In einem allfälligen späteren Streite kann deshalb der neuen Klage die *exceptio rei iudicatae* entgegengehalten werden. Die Parteien sollen nämlich nicht riskieren, dass in einem folgenden Prozess über die selbe Forderung ein womöglich widersprüchliches Urteil ergehen und eine Betreibung doch noch in Gang gesetzt werden könnte, obwohl die Nichtexistenz des Anspruchs schon früher rechtskräftig festgestellt worden ist.

b) Gerichtsstand

Obwohl die Forderungs- und die Aberkennungsklage wesensgleich sind, bestehen doch prozessrechtliche Unterschiede. Dies erklärt sich daraus, dass jene schon vor Beginn, diese dagegen erst während der Zwangsexekution, in welcher unter Umständen schon vollstreckungsrechtliche Massnahmen ergriffen worden sind, aufgehoben werden kann. Ein Unterschied liegt in der Bestimmung des Gerichtsstandes der Aberkennungsklage am Betreibungsorte von Bundesrechts wegen (1). Die Aberkennungsklage ist nämlich mit dem Zwangsvollstreckungsverfahren so eng verknüpft, dass sich dieses Forum aufdrängt.

teresse einer gerechten und billigen Lösung dem materiellen Recht auferlege, nicht gerecht zu werden vermöge und umgekehrt auch die Auffassung als blosses Rechtsmittel nicht befriedige.

- 1) Ein anderer Unterschied betrifft die Klagefrist, die bei der Aberkennungsklage vom Bundesrecht bestimmt wird (vgl. Fritzsche, I 152; Syz, 28). Infolge der kurzen Klagefrist ist zudem kein Vermittlungsversuch vor Friedensrichter notwendig. Schliesslich besteht in einigen Kantonen bei der Aberkennungsklage ein Verbindungsverbot (vgl. für den Aargau Eichenberger, Beiträge 131, für Zürich Sträuli/Messmer, N 12 zu §213).

c) Prorogation

Die Formulierung des Artikels führte zu der Ansicht, der Gerichtsstand am Betreibungsorte sei zwingend (1). Das Bundesgericht anerkennt jedoch die Prorogation mit der Begründung, dem Schuldner als nur formellem Kläger, materiell aber Beklagtem, sei der natürliche Gerichtsstand zu garantieren. Daher bestehe kein zwingendes Interesse daran, eine Prorogation zu verbieten (2).

D. Forderungsklage in der Wechselbetreibung

a) Inhalt

Wie die ordentliche Konkursbetreibung ist die Wechselbetreibung ein betreibungsrechtliches Verfahren zur Herbeiführung der Konkurseröffnung auf rein formeller Grundlage (3). Sie unterscheidet sich aber vom ordentlichen Betreibungsverfahren durch ihre Raschheit (4), durch den Wegfall einer Konkursandrohung und durch die Notwendigkeit, einen Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl richterlich zu bewilligen.

1) Vgl. Blumenstein, 312.

2) BGE 68 III 81 ff., 166 ff., 87 III 23; Favre, 158; Fritzsche, I 152; BlSchKG 31 (1967) 169 ff. Solange die eidgenössische Rechtsprechung den Gerichtsstand zwingend am Betreibungsorte vorschrieb, durften ihn die Kantone nicht als dispositiv erklären. Mit Aenderung der bundesrechtlichen Praxis änderten auch die Kantone die ihrige: Basel: SJZ 50 (1954) 100, Bern: ZBJV 95 (1959) 38 (vgl. Lutz, N 2 zu Art. 90), St. Gallen: SJZ 62 (1966) 65, Thurgau: SJZ 72 (1976) 111, Zürich: ZR 64 (1965) Nr. 167. (Vgl. aber den m.E. unrichtigen Entscheid in ZR 51 (1952) Nr. 146, der trotz Feststellung, dass die Prorogation nach Bundesrecht zulässig ist, diese ausschloss, weil das kantonale Prozessrecht eine Gerichtsstandsvereinbarung bei der Aberkennungsklage ablehnte. Vgl. vorne, 29 f.).

3) Blumenstein, 579.

4) Deshalb oft die Bezeichnung schnelle Konkursbetreibung.

Diese Verfahrensstrenge ergibt sich aus der formellen und materiellen Wechselstrenge (1).

Die Voraussetzungen für eine Bewilligung des Rechtsvorschlages sind durch Art. 182 SchKG abschliessend geregelt. Während nach Ziffer eins bis drei die Begründetheit des Rechtsvorschlages nach objektiven Kriterien zu prüfen ist, handelt es sich nach Ziffer vier um subjektive Gründe, die dem betriebenen Schuldner gegenüber dem betreibenden Gläubiger persönlich zustehen; der Schuldner hat deshalb gleichzeitig die Forderungssumme zu hinterlegen, damit er nicht einfach auf Zeitgewinn spielen kann (2). Die Bewilligung des Rechtsvorschlages auf Grund der summarischen Prüfung der Voraussetzung des Art. 182 SchKG führt jedoch nicht zur definitiven Klärung der materiellen Recht-lage (3). Sie verschiebt aber die Parteirollen gegenüber der gewöhnlichen Betreuung. Ist hier der Schuldner nach Erteilung der Rechtsöff-nung auf die Aberkennungsklage angewiesen, so obliegt es in der Wech-selbetreibung dem Gläubiger, den Rechtsvorschlag durch Anerkennungs-klage gemäss Art. 184 Abs. 2 und Art. 186 SchKG zu beseitigen.

Die Klage nach Art. 186 SchKG entspricht mithin der Forderungsklage gemäss Art. 79 SchKG, während diejenige nach Art. 184 Abs. 2 SchKG zwar wesensgleich, aber im Hinblick auf das prozessuale Vorgehen (4) und die Wirkung des Urteils von der gewöhnlichen Anerkennungsklage verschieden ist (5, 6).

-
- 1) Die formelle oder prozessuale Wechselstrenge bedeutet ein besonders strenges und beschleunigtes Betreibungsverfahren gegen den säumigen Schuldner. Die materielle Wechselstrenge schränkt die Einreden ein, mit denen der Schuldner versuchen könnte, sich der Zahlungsverpflichtung zu entziehen. Vgl. Guhl/Merz/Kummer, 764 f.
 - 2) Vgl. Schmidlin, 71.
 - 3) Vgl. hinten, 64 f.
 - 4) Die Klage ist innert zehn Tagen nach Hinterlegung des streitigen Betrages anzubringen.
 - 5) Bei Erfolg kann sich der Gläubiger direkt an der Hinterlage be-friedigen: eine Fortsetzung der Betreuung wird überflüssig.
 - 6) Blumenstein, 590; Jaeger, N 6 zu Art. 184; Schmidlin, 206.

b) Gerichtsstand

Gemäss der Kompetenzverteilung nach Art. 64 BV regeln die Kantone die örtliche Zuständigkeit der Gerichte bei materiellrechtlichen Klagen. Von dieser Ordnung hier abzuweichen drängt sich nicht auf.

c) Prorogation

Da die Kantone den Gerichtsstand der Forderungsklage in der Wechselbetreibung bestimmen, können sie auch über eine Veränderung der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte durch Parteiverhalten legiferieren.

E. Arrestprosequierungsklage

a) Inhalt

Zur Sicherung gefährdeter Forderungen räumt das Gesetz in Art. 271 ff. SchKG dem Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit ein, Vermögensstücke des Schuldners amtlich beschlagnahmen zu lassen. Der Schuldner wird dadurch daran gehindert, dem Gläubiger Wertsachen zu entziehen. Da die Verarrestierung, soll sie nicht zu spät kommen, "überfallartig" (1) geschehen muss, wird ihr im summarischen Verfahren auf das Risiko hin stattgegeben, dass der Schuldner durch ungerechtfertigte Beschlagnahme seiner Vermögensstücke geschädigt werden könnte. Deshalb fallen die Wirkungen des Arrestes sofort dahin, wenn der Arrestgläubiger nicht unverzüglich die Betreibung einleitet, sofern er dies gemäss Art. 278 Abs. 1 SchKG nicht schon vorgängig getan oder Klage eingereicht hat. Er ist überdies gehalten, das Verfahren innert gesetzlicher Fristen fortzusetzen, indem er gegen einen Rechtsvorschlag

1) Fritzsche, II 200.

Rechtsöffnung verlangt oder den Arrest gemäss Art. 278 Abs. 2 SchKG durch Klage prosequiert (1).

Die Arrestprosequierungsklage (2) gleicht der Anerkennungsklage nach Art. 79 SchKG und ist ebenso eine Zivilklage rein materiellrechtlicher Natur (3).

b) Gerichtsstand

Der Gerichtsstand ist im SchKG nicht geregelt. Es obliegt den Kantonen, diesbezüglich zu legiferieren, wobei im interkantonalen Verkehr Art. 59 BV zu beachten ist (4). Namentlich sind die Kantone frei, einen Gerichtsstand am Arrestorte zu schaffen (5-7).

-
- 1) Wird der Arrest nicht weiter verfolgt, so hat dies die gleiche Wirkung, wie wenn im Rechtsöffnungsverfahren festgestellt wird, die vom Gläubiger beanspruchte Forderung bestehe nicht. Bereits vorgenommene betreibungsrechtliche Massnahmen erlöschen dann von Gesetzes wegen.
 - 2) Oder Arrestanerkennungs-, -forderungs-, -bestätigungsklage.
 - 3) Blumenstein, 853; Jaeger, N 11 zu Art. 278; Fritzsche, II 240; Favre, 367.
 - 4) Zuletzt bestätigt in BGE 96 I 147. Vgl. auch Sträuli/Messmer, N 29 zu § 9.
 - 5) Kennt ein Kanton das forum arresti nicht, so kann beim sog. Ausländerarrest (Art. 271 Ziff. 4 SchKG) das ganze Arrestinstitut zur Farce werden: Der Arrest vermag zwar angelegt zu werden, der Gläubiger ist aber anschliessend gezwungen, die Prosequierung beim ausländischen Gericht anzustrengen. Gelingt es ihm tatsächlich, sich dort ein günstiges Urteil zu erstreiten, so kann ihm der Kanton, der sich zur Anhandnahme der Klage für unzuständig erklärt hat, die Vollstreckung verweigern, wenn nicht das Bundesrecht oder ein Staatsvertrag die Vollstreckung vorschreibt (vgl. Guldener, ZPR 619; Haab, Revision 322; SJZ 17 (1920/1) 199 (Aufsatz Hagmann). Damit wird Bundesrecht durch mangelhaftes Verfahrensrecht in Frage gestellt, weshalb es Aufgabe des Bundesgerichtes wäre, die Lücke zu schliessen (vgl. vorne, 22).
 - 6) Ist für eine Forderung Arrest gelegt worden, so wird gemäss Art. 52 SchKG die Betreibung da angehoben, wo sich der Arrestgegenstand befindet. Trotz der scheinbar zwingend formulierten Fassung des Art. 52 SchKG kann die Arrestprosequierung durch Betreibung nach Wahl des Gläubigers auch am Wohnsitz des Schuldners statt am Arrestorte stattfinden, wenn der Schuldner in der Schweiz wohnt (vgl.

c) Prorogation

Auch die Frage der Prorogierbarkeit ist den Kantonen überlassen. Im Falle des Ausländerarrestes sollte ein allfällig normierter Gerichtsstand allerdings nicht als zwingender vorgeschrieben sein (1). Wird nämlich ein zwingender Gerichtsstand in der Schweiz begründet, so dürfte ein ausländischer Spruch nicht vollstreckt werden (2). Es liegt jedoch kein zwingender Grund vor, dem Gläubiger zu verbieten, sich die Mühe zu nehmen und am ausländischen Wohnsitz des Schuldners zu klagen, wenn die Gewissheit besteht, dass das ausländische Urteil im Arrestkanton vollstreckt werden kann (3).

F. Forderungsklage im ordentlichen Nachlassvertragsverfahren

a) Inhalt

Der Nachlassvertrag vermeidet die für einen Schuldner harten Folgen einer Zwangsexekution – Auspändung oder Konkurs – und führt oft zu einem teilweisen Erlass von Forderungen. Deshalb nennt ihn das Ge-

BGE 77 III 130 f.). Wohnt er dagegen im Ausland und sind mehrere Arreste in verschiedenen Betreibungskreisen bewirkt worden, so müssen die Arreste an jedem Arrestorte durch eine besondere Betreibung prosequiert werden (vgl. BGE 54 III 228; Fritzsche, II 234).

- 7) Kein forum arresti kennt z. B. der Kanton Aargau, vgl. Eichenberger, Beiträge 25, und Keller/Pfisterer, N 17 zu § 13.
- 1) Die Arrestprosequierungsklage ist nicht zwingend am Arrestorte anzustellen z. B. in Basel-Landschaft (§ 29 ZPO), Bern (Art. 25 Abs. 2 ZPO) und Zürich (§ 9 Abs. 2 ZPO), zwingend z. B. in Basel-Stadt (§ 6 Ziff. 6 ZPO), Luzern (§ 44 ZPO) und Solothurn (§ 21 ZPO).
- 2) Vgl. Guldener, ZPR 619 Anm. 20 c. Nach BGE 66 III 59 f. ist eine Klage im Auslande zur Arrestprosequierung nur dann tauglich, wenn im Arrestkanton das Urteil des ausländischen Gerichtes vollstreckbar ist. Vgl. auch Guldener, IIZPR 186 Anm. 29a.
- 3) Berger, 249; Fritzsche, II 234 f., vorne, 49 Anm. 5.

setz eine Rechtswohltat für den Schuldner (1). Die Gläubiger stimmen zu, wenn sie sich eine bessere Erfüllung ihrer Ansprüche oder eine günstigere Vermögensliquidation versprechen.

Bestätigt die Nachlassbehörde den Vertrag, so setzt sie gemäss Art. 310 SchKG jenen Gläubigern, deren Forderungen vom Schuldner bestritten worden sind, eine peremptorische Frist zur gerichtlichen Geltendmachung derselben an. Gleichzeitig muss der Schuldner auf Anordnung der Behörde gemäss Art. 313 SchKG die auf die bestrittenen Forderungen entfallenden Beträge bis zur Erledigung des Prozesses hinterlegen (2). Werden die Forderungen der Gläubiger geschützt, so werden sie aus diesem Depositum befriedigt. Daraus darf indessen nicht geschlossen werden, dass diejenigen Klagen, welche nicht in erster Linie den Bestand einer Forderung feststellen wollen, sondern darüber hinaus und wesentlichst die Beteiligung am Nachlassverfahren und die Zahlung der Nachlassdividende aus der Hinterlegung anvisieren, nicht mehr materiellrechtlicher, sondern betreibungsrechtlicher Natur seien (3). Die Bestreitung der Forderungen durch den Schuldner im ordentlichen Nachlassvertragsverfahren stellt nämlich den gleichen Schritt wie das Erheben des Rechtsvorschlages in der gewöhnlichen Betreibung dar. Der Gläubiger ist alsdann solange vom Verfahren ausgeschlossen, als nicht auf dem Wege des ordentlichen Zivilprozesses die Existenz der Forderung nachgewiesen ist (4). Aehnlich verhält es sich bei der Forderungsklage im ordentlichen Nachlassvertragsverfahren:

Der Gläubiger hat erst dann Anspruch auf eine Nachlassdividende, wenn seine - bestrittene - Forderung im Feststellungsprozess anerkannt wor-

-
- 1) Vgl. Art. 293 SchKG.
 - 2) Im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung wird das Verfahren nach Art. 310 SchKG durch Kollokationsplan und -klage ersetzt, vgl. Coradi, 43, und Ludwig, 85.
 - 3) Vgl. BGE 43 I 280.
 - 4) Vgl. vorne, 41 f.

den ist. Die Hinterlegung der Beträge, die die Nachlassbehörde vorsorglicherweise anordnet, ändert an der rechtlichen Natur der Feststellungsklage nichts, denn ob Teilnahme am Nachlassvertragsverfahren und Depositum dem Gläubiger tatsächlich zustehen, hängt vom Ausgang des Prozesses über den umstrittenen Anspruch ab. Die Forderungsklage nach Art. 310 SchKG ist daher mit derjenigen nach Art. 79 SchKG verwandt und deshalb ebenfalls materiellrechtlicher Natur (1).

b) Gerichtsstand

Das SchKG bestimmt den Gerichtsstand nicht. Die enge Verknüpfung der Forderungsklage mit dem Nachlassvertragsverfahren – die Klage wird im Laufe des Verfahrens angehoben – spricht für die ausschliessliche Zuständigkeit des Richters am Orte der Nachlassbehörde, also am Orte, wo die Betreibung gegen den Schuldner ordentlicherweise stattfindet (2). Das Gericht am Orte der Nachlassbehörde bleibt auch zuständig, wenn der Schuldner den Wohnsitz wechselt, insbesondere dann, wenn es sich um die Herausgabe eines hinterlegten Betrages handelt.

c) Prorogation

Die Zuweisung der Forderungsklage an den Ort der Nachlassbehörde bedeutet aber nicht, dass dieser Gerichtsstand zwingend ist. Gläubiger und Schuldner sind grundsätzlich frei – anderslautende Regelungen kantonaler Prozessvorschriften vorbehalten –, den Ort zu bestimmen, wo über diese materiellrechtliche Klage geurteilt werden soll (3).

- 1) Vgl. Blumenstein, 106 und 924; Walder, Tafel 67a in Verbindung mit Tafel 3.
- 2) BGE 43 I 280 f. Brand, Nr. 1175a, 6; Fritzsche, II 342; Jaeger/Daeniker, N 3 zu Art. 310; Sträuli/Messmer, N 27 zu § 9.
- 3) BGE 48 III 218. Brand l. c.; Fritzsche, l. c.; A. A. Walder, Tafel 67a.

G. Pfändungsprosequierungsklage

a) Inhalt

Die Bewilligung eines nachträglichen Rechtsvorschlages hemmt nur die Fortsetzung der Zwangsexekution, sie hebt jedoch die schon vollzogenen Betreibungshandlungen, z. B. Pfändung oder Konkursandrohung, nicht ohne weiteres auf. Der Betreibende soll nämlich den Vorrang, den er sich dank raschem Handeln errungen hat – etwa die Beteiligung an der ersten Pfändungsgruppe – nicht wegen eines vom Schuldner nachträglich erhobenen Rechtsvorschlages verlieren. Immerhin nur dann, wenn er den Vorrang auch hätte erreichen können, wenn der Schuldner rechtzeitig Rechtsvorschlag erhoben und der Gläubiger darauf unverzüglich Beseitigung verlangt und auch erreicht hätte. Die schon vollzogenen Betreibungshandlungen werden allerdings rückgängig gemacht, wenn der Betreibende – analog den Vorschriften beim Arrest in Art. 278 Abs. 4 SchKG (1) – nicht innert gesetzlicher Frist die zur Rechtsöffnung notwendigen Vorkehren unternimmt (2). Besitzt er einen Rechtsöffnungstitel, so kann er Rechtsöffnung verlangen; andernfalls muss er die Pfändung mittels Anerkennungsklage prosequieren (3).

b) Gerichtsstand

Die Anerkennungsklage, eine materiellrechtliche Klage (4), ist am ordentlichen Forum des Beklagten einzureichen. Dagegen ist das Rechtsöffnungsbegehren betreibungsrechtlicher Natur (5), weshalb es am Betreibungsorte zu stellen ist (6).

-
- 1) Vgl. vorne, 48.
 - 2) Blumenstein, 257; Jaeger, N 1 zu Art. 78; G. Huber, 62; Fritzsche, I 131.
 - 3) Kreisschreiben Nr. 7 der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts vom 15. November 1899 betreffend Wirkung des nachträglichen Rechtsvorschlages. BGE 82 III 19, 91 III 12 f.
 - 4) Vgl. vorne, 41 f.
 - 5) Vgl. hinten, 64 f.
 - 6) Vgl. hinten, 76 ff.

c) Prorogation

Das Forum der Anerkennungsklage ist prorogierbar, während der Gerichtsstand am Betreibungsorte für Rechtsöffnung zwingend vorgeschrieben ist (1).

H. Retentionsprosequierungsklage

a) Inhalt

Vermieter und Verpächter können zur Wahrung ihres Retentionsrechtes die ihm unterliegenden Gegenstände in ein Verzeichnis aufnehmen lassen (2). Damit ist dem Mieter oder Pächter ebenso die Befugnis entzogen, über die inventarisierten Sachen zu verfügen, wie dem Arrestschuldner über die verarrestierten. Um aber zu verhüten, dass der Zustand der Behinderung ungebührlich lange währe, was die Interessen des Schuldners ungerechtfertigt verletzen könnte, haben Vermieter oder Verpächter innert einer bestimmten Frist Betreibung einzuleiten (3). Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag und besitzt der Gläubiger keinen Rechtsöffnungstitel oder wird er im Rechtsöffnungsverfahren abgewiesen, so hat er innert einer vom Betreibungsamte festzusetzenden Frist die Forderung, für welche die Retentionsurkunde erwirkt worden ist, oder

1) Vgl. hinten, 78.

2) Vgl. Art. 283 SchKG.

3) Vgl. Kreisschreiben Nr. 24 der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichtes vom 12. Juli 1909 betreffend das Retentionsverfahren. Vgl. auch Jaeger, N 7 i.f. zu Art. 283, und BGE 102 III 148.

sein Retentionsrecht feststellen zu lassen (1). Auch diese Klage ist – wie die Arrestproseguierungsklage (2) – materiellrechtlicher Natur (3).

b) Gerichtsstand

Die Kantone bestimmen den Gerichtsstand. Dieser wird am Wohnsitz des Beklagten oder am *forum rei sitae* (4) zu finden sein.

c) Prorogation

Bundesrecht verbietet Ausschluss der Prorogation nicht. Die Kantone sind deshalb befugt, die örtliche Zuständigkeit der Gerichte zwingend am *forum rei sitae* vorzuschreiben (5).

-
- 1) Das Formular Nr. 40 beschreibt das weitere Vorgehen folgendermassen: "Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, so ist der Gläubiger gehalten, binnen zehn Tagen seit dessen Mitteilung Rechtsöffnung zu verlangen, oder die Klage auf Anerkennung seines Forderungsrechts oder seines Retentionsrechts anzustellen. Wird der Gläubiger im Rechtsöffnungsverfahren abgewiesen, so hat er binnen zehn Tagen nach Mitteilung des Entscheides die Klage einzuleiten. Der Retentionsbeschluss fällt für die betreffende Forderung dahin, wenn der Gläubiger die bezeichneten Fristen nicht einhält, wenn er die angehobene Klage zurückzieht oder die Betreibung erlöschen lässt, oder wenn er mit seiner Klage vom Gericht endgültig abgewiesen wird."
 - 2) Vgl. vorne, 48 f.
 - 3) Vgl. Walder, Tafeln 39 und 40 in Verbindung mit Tafel 3.
 - 4) Vgl. Basel-Landschaft §22 Abs. 2 ZPO, Bern Art. 29 Abs. 1 ZPO, Zürich §7 Abs. 1 ZPO.
 - 5) Vgl. Aargau §12 lit. a ZPO, Basel-Stadt §2 ZPO.

II. Rückforderungsklage

a) Inhalt

Wurde der Rechtsvorschlag unterlassen oder durch Rechtsöffnung beseitigt, so kann gemäss Art. 86 SchKG (1) derjenige, welcher deshalb eine Nichtschuld bezahlt hat, den bezahlten Betrag auf dem ordentlichen Prozesswege zurückfordern. Auch ohne den genannten Artikel stände dem Betrieben dieses Recht zu, weil schon nach Art. 62 ff. OR derjenige, der in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert ist, die Bereicherung zurückzuerstatten hat. Das OR fordert allerdings den Nachweis des Irrtums: Der Kläger muss darlegen, dass er irrtümlich gezahlt hat. Demgegenüber verlangt das SchKG diesen Nachweis nicht (2), hat doch der Schuldner wegen der Betreibung gezwungenermassen – aus exekutionsrechtlicher, aber nicht materieller Pflicht (3) – geleistet, was einen Willensmangel oder eine Schenkungsabsicht von vornherein ausschliesst (4). Die Klage gemäss Art. 86 SchKG

- 1) Vgl. auch Art. 187 SchKG (Rückforderungsklage in der Wechselbetreibung).
- 2) Guhl/Merz/Kummer, 206; BGE 72 III 42.
- 3) Ist über den Bestand einer Forderung materiell rechtskräftig entschieden worden – sei es durch Forderungsprozess, abgewiesene Aberkennungsklage oder Rückzug der Aberkennungsklage oder des Rechtsvorschlages –, so kann die Rückforderungsklage gemäss SchKG nicht mehr angehoben werden. Ihr stände die Einrede der res iudicata entgegen (vgl. Fritzsche, I 158; Walder, Tafel Nr. 16). Zieht der Betriebene aber den Rechtsvorschlag, noch bevor das Rechtsöffnungsbegehren rechtshängig ist, zurück (indem er z.B. direkt dem Betreibungsamte schriftlich oder mündlich den Rückzug des Rechtsvorschlages mitteilt (vgl. BGE 81 III 95; Joos, 105 f.)), so ist die Rückforderungsklage nach SchKG zu gestatten (Walder, l. c., lässt in diesem Falle nur die Rückforderung auf Grund von Art. 62 OR zu), denn es kommt für den Schuldner auf dasselbe hinaus, ob er den Rechtsvorschlag zurückzieht oder ob er ihn überhaupt versäumt hat: "In beiden Fällen bleibt dem Schuldner, falls er demzufolge eine Nichtschuld bezahlt hat, die Rückforderung nach Art. 86 SchKG vorbehalten", BGE 75 III 43.
- 4) Zahlt der Schuldner trotz nicht beseitigtem oder noch nicht erhobenem Rechtsvorschlag oder nach Ablauf der Fristen, innerhalb welchen die Betreibung fortgesetzt werden kann, so vermag die Lei-

ist also eine gewöhnliche materiellrechtliche Rückforderungsklage, die den Grundsatz, dass eine ungerechtfertigte Bereicherung zurückzugeben ist, den spezifischen Verhältnissen des Betreibungsrechtes anpasst (1). Ihr Zweck besteht darin, ein mit dem materiellen Recht in Widerspruch stehendes Ergebnis der durchgeführten Zwangsvollstreckung zu korrigieren (2). Sie macht den Schuldner zum Kläger und gibt ihm das Recht, vom Gläubiger einen zu Unrecht bezahlten Betrag zurückzufordern (3).

b) Gerichtsstand

Nach Art. 86 Abs. 2 SchKG kann die Rückforderungsklage nach Wahl des Klägers – des ehemaligen Betriebenen – entweder beim Gerichte des Betreibungsortes – also dort, wo sich die Betreibung abgewickelt hat – oder am ordentlichen Gerichtsstand des Beklagten – des ehemaligen Betreibenden – angehoben werden. Dass die Rückforderungsklage auch am Orte des vom Beklagten angestrebten, früheren Exekutionsverfahrens ausgetragen werden kann, ist ohne weiteres gerechtfertigt. Es handelt sich nämlich bei dieser Klage nicht um einen selbständigen, eigenem Antriebe des Klägers entspringenden Rechtsverfolgungsakt, sondern um ein Verteidigungsmittel des Schuldners gegen eine Forderung, die der Beklagte gegen ihn auf dem Vollstreckungswege erfolgreich – aber ungerechtfertigt – durchgesetzt hat (4). Diese Konnexität der Rückforderungsklage mit der durchgeführten Betreibung führte zur Zuständigkeitsordnung zu Gunsten des Klägers, wonach auch am Betreibungsorte geklagt werden kann.

stung nur auf dem Wege der zivilrechtlichen Rückforderungsklage gemäss Art. 63 OR eingeklagt zu werden. Vgl. Blumenstein, 320.

- 1) Die Anpassung erfolgt durch Lösung von der obligationenrechtlichen Voraussetzung eines Irrtumnachweises, Verkürzung der Verjährung und Statuierung eines ausschliesslichen Gerichtsstandes.
- 2) Blumenstein, 318; Fritzsche, I 157; Favre, 162.
- 3) Vgl. BGE 21, 724.
- 4) Vgl. BGE 53 I 154; SJZ 67 (1971) 343.

c) Prorogation

Der Gerichtsstand ist weder ausschliesslich noch zwingend. An der rein vermögensrechtlichen Auseinandersetzung fehlt das öffentliche Interesse, weshalb einer Prorogation nichts im Wege steht (1).

III. Schadenersatzklagen

A. Verantwortlichkeitsklage gegen Beamte

a) Inhalt

Grundsätzlich unterstehen auch die Beamten und öffentlichen Angestellten den obligationenrechtlichen Haftungsregeln aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 41 ff. OR. Art. 61 OR gestattet aber Bund und Kantone, eine vom Zivilrecht abweichende Ordnung für jene Beamten aufzustellen, die nicht gewerbliche Verrichtungen ausüben. Diese Befugnis hat der Gesetzgeber des SchKG wahrgenommen und in Art. 5 ff. (2) die Verantwortlichkeit der Betreibungs- und Konkursbeamten speziell geordnet. Dennoch ist die Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 5 Abs. 1 SchKG eine gewöhnliche Schadenersatzklage und damit materiellrechtlicher Natur. Die Klage wird im ordentlichen Zivilprozess beurteilt, und sie berührt das Betreibungsverfahren überhaupt nicht (3). Voraussetzung der Haftbarkeit der Beamten sind ein in Ausübung dienstlicher Tätigkeit verursachter Schaden, Verschulden des haftbaren Beamten und adäquater Kausalzusammenhang zwischen schuldhafter Handlung und dem

1) Vgl. BGE 97 I 240 f.

2) Vgl. auch Art. 316 f. SchKG, der betreffend Verantwortlichkeit der Liquidatoren im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung auf die Verantwortlichkeit der Beamten hinweist.

3) Blumenstein, 57 f. und 106; Jaeger, N 6 zu Art. 5; Fritzsche, I 34; Favre, 45; BGE 80 III 60; ZBJV 92 (1956) 385 (Aufsatz Kummer).

eingetretenen Schaden (1). Als Kläger können Gläubiger, Schuldner oder Dritte auftreten.

b) Gerichtsstand

Es besteht kein Grund, den Kantonen das Recht zur Regelung des Gerichtsstandes zu entziehen. Mit der Schadenersatzklage wird aber eine persönliche Ansprache im Sinne von Art. 59 BV geltend gemacht, weshalb sich der Beklagte auf die Gerichtsstandsgarantie berufen kann.

c) Prorogation

Die Kantone können die Prorogation zulassen (2). Die Öffentlichkeit ist an diesem vermögensrechtlichen Streit nicht interessiert, soweit die öffentliche Hand nicht auf Grund spezieller Gesetzesvorschriften subsidiär für ihre Beamten haftet.

B. Ausfallforderungsklage

a) Inhalt

Die Verwertung der gepfändeten Objekte geschieht in der Regel auf dem Wege der Versteigerung. Wird gemäss Art. 129 Abs. 3 SchKG die Zahlung für das ersteigerte Gut nicht rechtzeitig geleistet, so findet eine zweite Steigerung statt. Der frühere Ersteigerer und dessen Bürgen haften jedoch gemäss Abs. 4 der gleichen Bestimmung für den allfällig

-
- 1) Die Beamten können aber nicht nur zivilrechtlich, sondern unter Umständen auch strafrechtlich oder disziplinarisch zur Rechenschaft gezogen werden.
 - 2) Vgl. vorne, 30 f.

anlässlich der zweiten Steigerung entstandenen Ausfall und den weiteren Schaden (1). Die Feststellung des Schadens geschieht im ordentlichen Zivilprozess. Die Ausfallforderungsklage wird nicht vom Betreibungsamt angehoben, sondern entweder von Dritten, die die Forderung erworben haben, oder von Gläubigern, denen sie an Zahlungsstatt abgetreten worden ist (2, 3).

b) Gerichtsstand

Die Regelung bleibt, wie bei den materiellrechtlichen Streitigkeiten üblich, den Kantonen überlassen.

c) Prorogation

Bundesrecht untersagt eine Prorogation nicht.

C. Schadenersatzklage gegen Arrestgläubiger

a) Inhalt

Erfolgt ein Arrest, obwohl kein Arrestgrund oder keine gültige Forderung vorliegt, so ist er ungerechtfertigt. Durch einen ungerechtfertigten Arrest kann dem Schuldner aber ein Vermögensnachteil erwachsen, weil er daran gehindert wird, über die verarrestierten Sachen zu ver-

-
- 1) Art. 129 SchKG betrifft den Ausfall bei einer Versteigerung von beweglichen Sachen und von Forderungen, Art. 143 SchKG denjenigen bei Liegenschaften. Beide Artikel gelten gemäss Art. 259 SchKG auch für die Verwertung im Konkursverfahren. Vgl. im übrigen auch Art. 72 und 131 VZG.
 - 2) Vgl. Art. 131 Abs. 1 SchKG; vgl. aber auch Klage des Abtretungsgläubigers gemäss Art. 260 SchKG, hinten, 101f.
 - 3) Blumenstein, 439 und 476; Jaeger, N 9 zu Art. 129; Fritzsche, I 281 f., 287 f. und 308.

fügen. Das Gesetz gesteht deshalb in Art. 273 SchKG dem Schuldner für den unmittelbaren Schaden, den er nicht hat abwenden können (1), eine Schadenersatzklage zu, die – im Gegensatz zu den Haftungsprinzipien der Art. 41 ff. OR – vom Nachweis, dass der Schädiger schuldhaft und rechtswidrig gehandelt hat, losgelöst ist (2). Auch wenn das Arrestbegehren rechtlich unbegründet war, bildet es an sich nämlich keine unerlaubte Handlung (3). Müsste nun der Schuldner erst beweisen, der Gläubiger habe schuldhaft und rechtswidrig gehandelt, so wäre dies eine unbillige Erschwerung der Beweisführung gegenüber dem Rechte des Gläubigers, der eine Arrestnahme bloss durch Glaubhaftmachung eines Arrestgrundes zu erzielen vermocht hat (4).

Im Schadenersatzprozess urteilt der Richter zunächst einmal über die Frage, ob ein Arrest zu Recht erfolgt sei oder nicht. Im verneinenden Falle stellt er darauf den Schaden fest. Die Klage hat in der Folge ausschliesslich materiellrechtlichen Charakter wie jene gemäss Art. 5 SchKG (5).

b) Gerichtsstand

Das Gesetz statuiert eine Ausnahme von der Gerichtsstandsgarantie. Gemäss Art. 273 Abs. 2 SchKG ist die Klage beim Forum des Arrestortes anzuheben, weil der Gläubiger, von dem der Rechtsangriff mittels Arrestbegehren ausgegangen ist, nicht verlangen kann, dass sich der

1) Vgl. BGE 93 I 284 Erw. b.

2) Art. 273 SchKG stellt eine obligatio ex lege und nicht ex delicto dar; Jaeger, N 2 zu Art. 273; Fritzsche, II 242.

3) Verletzt das Arrestbegehren aber den Grundsatz von Treu und Glauben, dann ist es rechtsmissbräuchlich. Ein rechtsmissbräuchlich erwirkter Arrest darf aber vom Betreibungsamte nicht vollzogen werden. BGE 105 III 19.

4) Vgl. Blumenstein, 845.

5) Blumenstein, 847; Jaeger, N 6 zu Art. 273; Fritzsche, II 244; Favre, 370.

Schuldner vor seinem Richter verteidige, selbst wenn die Abwehr in ein besonderes Verfahren gewiesen und in die Form einer selbständigen Klage gekleidet ist. Ueberdies steht der Streit in materiellem Zusammenhang mit dem Arrestverfahren, weshalb er notwendigerweise dort fortzuführen ist, wo der Gläubiger mit dem Verfahren begonnen hat.

c) Prorogation

Das Bundesgericht verneinte in einem frühen Entscheide die Prorogierbarkeit des Forums (1). Es liess sich dabei namentlich vom kategorischen Gesetzestext leiten. Wichtiger allerdings als die Formulierung (2) ist m.E. die Antwort auf die Frage, ob Interessen der Oeffentlichkeit oder Dritter zwingend den Gerichtsstand am Arrestorte gebieten. Dies trifft hier zweifellos nicht zu. Zudem erklärte der Staatsgerichtshof später, dass eine widerklageweise Geltendmachung der Schadenersatzklage vor einem andern Forum als dem des Arrestortes zulässig sei, falls zwischen Klage und Widerklage Konnexität herrsche (3). Daher kann Art. 273 Abs. 2 SchKG nicht zwingenden Charakters sein (4).

-
- 1) BGE 31 I 617 ff. Gleicher Ansicht Weber/Brüstlein/Reichel, N 8 zu Art. 398; Jaeger, N 6 zu Art. 273; Bonnard, 314; Jud, 72; Band, Nr. 1173, 10. Widersprüchlich Blumenstein, 847.
 - 2) Im betreffend Formulierung des Gerichtsstandes ähnlich kategorisch lautenden Art. 312 Abs. 1 alt ZGB ("Die Vaterschaftsklage ist beim Richter am schweizerischen Wohnsitze der klagenden Partei zur Zeit der Geburt oder am Wohnsitze des Beklagten zur Zeit der Klage anzubringen.") hat das Bundesgericht die Prorogation von Klagen auf Vermögensleistungen für zulässig befunden (vgl. BGE 57 II 136).
 - 3) BGE 47 I 181 ff.
 - 4) Ott, 106 f.; Günstzburger, 265; Berger, 301; Haberthür, N I 6 zu § 6 Ziff. 6; Fritzsche, II 244; Walder, Tafel 63.

§ 7 Betreibungsrechtliche Streitigkeiten

Erste Gruppe:

REIN BETREIBUNGSRECHTLICHE STREITIGKEITEN

I. Inhalt der Klagen

A. Begehren um Bewilligung eines nachträglichen Rechtsvorschlages

Das Zwangsvollstreckungsverfahren kann ohne Prüfung der materiellrechtlichen Voraussetzungen angehoben werden (1). Auf das Begehren des Gläubigers hin stellt das Betreibungsamt dem Schuldner einen Zahlungsbefehl zu, womit das Verfahren in Gang gesetzt ist. Indessen vermag es der Schuldner auf ebenso einfache Art aufzuhalten, indem er Rechtsvorschlag erhebt. Er muss nicht einmal ausführen, die Forderung oder das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, beständen nicht (2). Auf Grund des Rechtsvorschlages – eines betreibungsrechtlichen Institutes (3) – stellt das Betreibungsamt die Betreibung ein (4). Erfolgt kein Rechtsvorschlag, so liegt es in der Hand des Gläubigers, das Verfahren fortzusetzen. Möglich ist jedoch unter bestimmten Umständen, einen Rechtsvorschlag auch nach Ablauf der zehntägigen Frist nach Zustellung des Zahlungsbefehls zu erheben. Ob dieser nachträgliche Rechtsvorschlag zuzulassen sei, entscheidet dagegen der Richter (5), weil die Gewährung des nachträglichen Rechtsvorschlages

1) Vorne, 35.

2) Vgl. Art. 75 SchKG. Ausnahme bei Joos, 101, Anmerkung.

3) Grommé, 18.

4) Vgl. Art. 74 SchKG

5) Art. 77 SchKG.

ges davon abhängt, ob die Verspätung unverschuldet war. Der Richter prüft die Rechtfertigung der Säumnis anhand der vom Schuldner ins Recht gelegten Beweismittel und nach Einvernahme der Parteien. Ob nun aber der Schuldner sofort Rechtsvorschlag erhebt oder den Richter um Zulassung eines nachträglichen Rechtsvorschlages anrufen muss, ändert an der Natur des Rechtsvorschlages nichts. Er bleibt eine betreibungsrechtliche Einrichtung, die über Bestand oder Nichtbestand der Forderung nichts aussagt. Deshalb ist auch das Begehren um Bewilligung eines nachträglichen Rechtsvorschlages gemäss Art. 77 SchKG eine betreibungsrechtliche Klage (1).

B. Rechtsöffnungsbegehren

Mit Hilfe des Rechtsöffnungsbegehrens (2) kann der Gläubiger die durch Rechtsvorschlag erfolgte Hemmung der Betreibung auf einfachste und zugleich schnellste Weise beseitigen. Das Rechtsöffnungsverfahren bildet das Gegengewicht zu dem unbeschränkten Rechte des Schuldners auf Erhebung des Rechtsvorschlages (3). Die Rechtsöffnung wird definitiv gewährt, wenn die Forderung gemäss Art. 80 SchKG auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Titel, nur provisorisch, wenn sie gemäss Art. 82 SchKG auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung beruht. Dabei wird aber im summarischen (4) Rechtsöffnungsverfahren nicht darüber geurteilt, ob die konkrete Forderung zu Recht bestehe oder nicht – dies wäre Sache des ordentlichen Zivilprozesses –, sondern nur darüber, ob die Voraus-

-
- 1) Blumenstein, 257 ff.; Jaeger, N 2 zu Art. 77; Fritzsche, I 129 f.; Favre, 141 f.
 - 2) Art. 80 ff. SchKG.
 - 3) Vgl. Blumenstein, 262.
 - 4) Vgl. Art. 25 Ziff. 2 SchKG.

setzungen für eine Fortsetzung der Zwangsexekution gegeben seien (1). Das Rechtsöffnungsverfahren ist deshalb Bestandteil der Zwangsexekution (2); das Urteil erwächst nicht in materielle Rechtskraft, sondern es betrifft nur die hängige Betreibung (3). Das Rechtsöffnungsbegehren ist daher betreibungsrechtlicher Natur (4).

C. Begehren um Aufhebung oder Einstellung der Betreibung

Zwar steht den Vollstreckungsbehörden keinerlei Kognition über die materielle Begründetheit der Ansprüche auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung zu, doch dient die Schuldbetreibung der Durchsetzung vermögensrechtlicher Ansprüche. Fehlt allerdings der materiellrechtliche Grund, so ist das Betreibungsverfahren aufzuheben. Ueber die Vollstreckbarkeit einer Forderung wird schon summarisch im Rechtsöffnungsprozess entschieden. Ueberdies kann gemäss Art. 85 SchKG ein Schuldner, der durch Urkunden beweist, dass die Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt oder gestundet ist, jederzeit beim Gerichte die Aufhebung bzw. die Einstellung der Betreibung bewirken (5). Dennoch liegt nicht eine

- 1) Die Schuld muss fällig, darf weder gestundet, getilgt noch verjährt sein.
- 2) Vgl. AGVE 1974, 94. Das Rechtsöffnungsurteil bildet aber einen Endentscheid, der mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden kann, vgl. Hans Marti, Die staatsrechtliche Beschwerde, 3. A., Basel und Stuttgart 1977, 96 und dort zitierte Entscheide.
- 3) Vgl. vorne, 39 f. Vgl. auch Guldener, ZPR 484 Anm. 57; Sträuli/Messmer, N 9 zu §213; AGVE 1976, 87.
- 4) Blumenstein, 262; Jaeger, N 7 zu Art. 80; Fritzsche, I 137; Favre, 145.
- 5) Dagegen ist Einstellung bei Zahlung nach Konkurseröffnung nicht möglich. Widerruf des Konkurses ist gemäss Art. 195 SchKG nur möglich, wenn alle Gläubiger zustimmen oder wenn ein Nachlassvertrag zustande kommt. (Vgl. Wirkung der Zahlung während der Beschwerdefrist nach Konkurseröffnung in AGVE 1967, 110 f.)

zivilrechtliche Streitigkeit vor, mit der der materielle Bestand oder Nichtbestand der Forderung geprüft werden soll, sondern eine vollstreckungsrechtliche (1) zwecks Abklärung, ob die betreibungsrechtlichen Voraussetzungen noch gegeben seien oder nicht. Das Begehren um Aufhebung oder Einstellung der Betreibung gemäss Art. 85 SchKG ist demnach betreibungsrechtlicher Natur (2, 3).

D. Begehren um Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung

Dem Prinzip der Wechselstrenge (4) gehorchend, ist das Zwangsvollstreckungsrecht danach ausgerichtet, die wechselrechtlichen Ansprüche möglichst rasch und einfach durchzusetzen. Deshalb wird jeder Versuch, die Betreibung aus nicht stichhaltigen Gründen zu unterbrechen, dadurch verhindert, dass allein der Richter zuständig ist, auf Grund bestimmter Voraussetzungen (5) den Rechtsvorschlag zu bewilligen. Damit soll

- 1) Das SchKG bestimmt das Verfahren nicht. Nach Fritzsche, I 156, weist der Umstand, dass der Beweis nur durch Urkunden geleistet werden kann, auf ein summarisches Verfahren hin. Auch dies spricht gegen den zivilrechtlichen Inhalt des Streites. Das summarische Verfahren wird z. B. in folgenden Kantonen angewandt: Aargau § 18 Abs. 1 lit. e in Verbindung mit Abs. 2 Einführungsgesetz zum SchKG, Basel-Landschaft § 5 Ziff. 1 ZPO, Bern Art. 317 Ziff. 2 ZPO, Luzern § 5 Ziff. 1 in Verbindung mit § 361 Abs. 1 ZPO, Solothurn § 244 lit. d ZPO, St. Gallen Art. 382 ZPO, Zürich § 213 Ziff. 3 ZPO.
- 2) Blumenstein, 313; Jaeger, N 8 zu Art. 85; Brand, Nr. 980, 1; Leuch, N 2 zu Art. 317; Fritzsche, I 156; Favre, 161. Vgl. dagegen Rückforderungsklage Art. 86 SchKG, vorne, 56 f.
- 3) Da die Durchführung der Betreibung unter Vorbehalt der im SchKG ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen grundsätzlich den Betreibungsbehörden obliegt (vgl. vorne, 34 f.), kann vom Richter nicht im Befehlsverfahren nach § 245 Ziff. 2 aarg. ZPO eine vorsorgliche Verfügung oder Einstellung der Betreibung erwirkt werden, vgl. AGVE 1975, 89.
- 4) Vorne, 47.
- 5) Vgl. Art. 182 SchKG; ZBJV 112 (1976) 548 und vorne, 47.

freilich die grundsätzliche Bedeutung des Rechtsvorschlages - Abwehr des Betriebenen gegen eine ungerechtfertigte Zwangsexekution - nicht geschmälert werden. Ein bewilligter Rechtsvorschlag kehrt aber die Parteirollen gegenüber der gewöhnlichen Betreibung um; der Gläubiger wird auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen, um seine Forderung durchzusetzen, während der Schuldner in der gewöhnlichen Betreibung nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung die Aberkennungsklage anheben muss.

Die Verweigerung des Rechtsvorschlages spricht nicht für den materiell-rechtlichen Bestand einer wechselrechtlichen Forderung (1) - wie auch aus der Unterlassung des Rechtsvorschlages in der gewöhnlichen Betreibung nicht etwa eine materiellrechtliche Anerkennung der Forderung durch den Schuldner gefolgert werden darf (2) -, sondern bedeutet nur, dass vom Gesichtspunkte des Wechselrechtes gegen das Begehren auf Konkursbetreibung nichts einzuwenden war. Mithin stellt das Rechtsvorschlagsverfahren nach Art. 181 SchKG einen rein betreibungsrechtlichen Prozess gleich wie das Rechtsöffnungsverfahren gemäss Art. 80 ff. dar (3).

E. Klage auf Feststellung neuen Vermögens des Konkursiten

Wird ein Schuldner auf Grund von Konkursverlustscheinen von neuem betrieben, obwohl er kein neues Vermögen besitzt, so kann er Rechtsvorschlag mit der Begründung erheben, er sei nicht zu neuem Vermö-

-
- 1) Riemer, 104. Dafür wäre das summarische Verfahren auch nicht geeignet. Vgl. auch vorne, 47.
 - 2) Vgl. BGE 25 I 32.
 - 3) Blumenstein, 107; Schmidlin, 20; vorne, 64 f.

gen gekommen (1). Gemäss Art. 265 Abs. 3 SchKG kann alsdann der Konkursverlustscheinsgläubiger im beschleunigten Verfahren neues Vermögen des Schuldners feststellen und die Einrede beseitigen lassen. Ueber die rechtliche Natur dieser Exekutionsbeschränkung herrscht Uneinigkeit in Doktrin und Praxis (2).

Die Vertreter der Auffassung, diese Einrede sei materiellrechtlicher Natur, führen aus, die Konkursverlustscheinsforderung sei eine durch den Erwerb neuen Vermögens suspensiv bedingte Forderung, sodass ihre rechtliche Geltendmachung schlechthin ausgeschlossen sei, solange nicht sämtliche nach dem Konkurs entstandenen Forderungen befriedigt seien (3, 4). Demnach hat die Einrede nicht bloss prozessuale Bedeutung, sondern materielle, die den Rechtsbestand der Forderung selbst beeinflusst. Die extensive Auslegung wird dadurch begründet, dass es ein fragwürdiger Schutz wäre, den das Gesetz dem Schuldner gegenüber den Zugriffen der Verlustscheinsgläubiger eingerichtet hätte, wenn es dem Gläubiger zwar direkte Belangung des Schuldners mit Hilfe einer neuen Zwangsvollstreckung verboten, dagegen andere Arten der Geltendmachung der Verlustscheinsforderungen – etwa die direkte Befriedigung durch Abtretung an einen neuen Gläubiger und Geltendmachung durch die-

-
- 1) Gewöhnlich ist der Rechtsvorschlag nicht zu begründen (vgl. vorne, 63). Der ehemalige Konkursit indessen muss es tun, damit der Betreibende weiss, wie weiter vorzugehen ist (vgl. BGE 45 III 234). Hat der Betriebene angeblich kein neues Vermögen, so wird darüber im beschleunigten Verfahren entschieden; bestreitet er die Existenz oder die Vollstreckbarkeit einer Forderung, so wird dies im ordentlichen Zivilprozess oder im Rechtsöffnungsverfahren abgeklärt. Der Betriebene könnte aber auch die Schuld bestreiten und zugleich die Einrede mangelnden neuen Vermögens erheben (vgl. BGE 103 III 34 Erw. 2). In diesem Falle hätte der Gläubiger auf beiden Wegen vorzugehen.
 - 2) Uebersicht bei Moser, 62 ff.
 - 3) Jaeger, N 8 zu Art. 265; BGE 40 III 468 f.; A 3 (1894) Nr. 142, 4 (1895) Nr. 327.
 - 4) Von Büren, 270, hält die Exekutionsbeschränkung für eine "objektive Einrede des materiellen Rechts, wie die Einreden der Verjährung, der Unklagbarkeit usw."

sen - erlaubt hätte (1). - Nach der anderen Meinung ist die Einrede lediglich betreibungsrechtlicher Natur. Gemäss dem restriktiv verstandenen Wortlaut des Gesetzes sei die der Forderung des Gläubigers auferlegte Beschränkung nicht eine anspruchsaufhebende, sondern sie hindere nur die Geltendmachung der Forderung auf dem Wege der Schuldbetreibung (2).

Wie nachfolgend gezeigt wird, ist die letztere Ansicht vorzuziehen. Die Klage auf Feststellung neuen Vermögens des Konkursiten betrifft einzig die Frage, ob für die Deckung erfolglos betriebener Forderungen neu-gewonnenes Vermögen vorhanden sei, sodass wiederum das Zwangsvollstreckungsverfahren eingeleitet werden könne. Der Zeitpunkt der Ausstellung der Verlustscheinsforderung ist für das Anheben der Betreibung irrelevant. (Deshalb verjährt der Verlustschein nicht.) Entscheidend ist allein, dass Forderungen ungedeckt geblieben sind und dass sie eben erst dann befriedigt werden können, wenn der Konkursit wieder über Vermögen verfügt.

Diese Regelung ist nicht die einzig mögliche; das weitere Schicksal des Falliten nach einem erlittenen Konkurs mit ungedeckt gebliebenen Forderungen kann auch anders gestaltet werden. Der Schuldner kann durch gerichtlichen Beschluss von den ungetilgt gebliebenen Schulden befreit werden (3), oder sie bleiben in vollem Betrage stehen und lassen sich in jeder Weise exekutiv geltend machen (4). Das SchKG strebt einen Mittelweg an (5). Zwar bestehen die Konkursverlustscheinsforderungen weiter, doch hängt ihre Durchsetzbarkeit mit Hilfe der Betreibungsgesetzgebung davon ab, dass der Schuldner neues Vermögen be-

1) Vgl. Jaeger, l. c. Gleicher Ansicht Favre, ZSR 96 f.

2) Weber/Brüstlein/Reichel, N 5 zu Art. 265; Blumenstein, 107 und 817; Berger, 68.

3) Anglo-amerikanisches Recht. Leemann, 92 f.

4) Kontinentales Recht. Leemann, l. c. Vgl. Blumenstein, 816 Anm. 24.

5) A. A. Lanter, 139.

sitzt. Dem Schuldner sollen nämlich jene Geldmittel, die für den Aufbau einer neuen Existenz nötig sind, nicht entzogen werden (1). Das SchKG will ihn aber nicht auf alle Zeiten vor Geltendmachung von Forderungen aus Konkursverlustscheinen schützen, die, weil sie – ausser gegen Erben – unverjährbar sind, die Existenz des Schuldners ständig bedrohen, sondern nur vor wirtschaftlichen Rückschlägen, die so stark sind, dass sie seine neu errungene Existenz wieder aufs Spiel setzen könnten – mehr nicht. Insbesondere will es nicht verhindern, dass der alte Schuldenberg doch noch einmal abgetragen werden muss (2). Es ist deshalb nicht zu verstehen, weshalb der nicht vermögliche Schuldner mittels einer erweiterten Interpretation des Gesetzes vor jeder Geltendmachung von Konkursverlustscheinsforderungen schlechthin bewahrt werden soll (3) und die neuen Gläubiger, die sich ja darüber informieren konnten, ob sie es mit einem Konkursiten zu tun hätten (4), im zweiten

-
- 1) Fritzsche, II 185; Lanter, 115.
 - 2) Indessen kann sich der gewiegte Schuldner unter Ausnützung aller Rechte sogar ein standesgemässes Leben verschaffen, ohne dass ihn die Gläubiger belangen können, vgl. Lanter, 138 f. und 143 f.
 - 3) Z. B. auch vor Verrechnung der Verlustscheinsforderungen mit neu entstandenen Forderungen des Schuldners.
 - 4) Gemäss Art. 8 Abs. 2 SchKG kann jedermann, der ein Interesse nachweist, die von den Betreibungs- und Konkursämtern geführten Protokolle einsehen. Indessen muss das Interesse des Gesuchstellers nach der Rechtsprechung ein besonderes und gegenwärtiges sein (vgl. BGE 99 III 44). Diese Voraussetzung ist aber schon dann erfüllt, wenn der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass er von der betreffenden Person, über die er aus den Protokollen Aufschluss wünscht, ein Angebot zum Vertragsabschluss erhalten hat, er mit ihr also in geschäftliche Beziehungen treten will (vgl. BGE 93 III 7 und 94 III 45 Erw. 2). Das Interesse braucht nicht notwendigerweise finanzieller Natur zu sein (vgl. BGE 99 III 44). – Die einschlägigen Protokolle werden am Wohnsitz des Betriebenen geführt. Hat dieser den Wohnsitz – vielleicht schon mehrmals – gewechselt, so bleibt dem Gläubiger, der sich ein lückenloses Bild über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners verschaffen will, nichts anderes übrig, als geduldig bei allen Betreibungsämtern anzufragen, bei denen der Schuldner registriert ist oder sein könnte.

(oder dritten etc.) Konkurs ein selbständiges Vorrecht auf gewisse Teile des Vermögens des Schuldners beanspruchen sollen (1, 2).

Diese Bevorzugung der neuen Gläubiger zu Ungunsten der alten stellen die Befürworter des materiellrechtlichen Charakters der Klage in den Mittelpunkt, da sie die alten Gläubiger, die schon einmal an einer Gesamtiliquidation des schuldnerischen Substrates teilgenommen haben, den neuen, erstmals betreibenden Gläubigern nachordnen. Sind jedoch die alten Gläubiger nur für einen Teil ihrer Forderung befriedigt worden und besitzen sie deshalb einen Verlustschein, so sollten sie das gleiche Recht auf Wiedergutmachung ihres Schadens besitzen wie die neuen (3). Der Einwand, ein Konkursit hätte bei Kreditaufnahme Mühe, wenn die neuen Gläubiger ihren Vorgängern gleichgestellt wären (4), ist nicht stichhaltig. Die Bestimmung von Art. 265 SchKG will nämlich den Konkursiten vor einer Gefährdung der allenfalls seit dem Konkurse neu errungenen Existenz durch Pfändung für Verlustforderungen durchaus schützen; sie entzieht deshalb der Pfändung für solche Forderungen nicht nur, was allgemein unpfändbar ist, sondern auch, was der Schuldner zur Erfüllung neuer Verbindlichkeiten und zur Führung des neuen Gewerbes notwendig braucht (5, 6).

In Art. 265 Abs. 3 SchKG deutet nichts auf Privilegierung irgendwelcher Gläubiger hin (7). Die Norm trägt bloss der speziellen Situation des

- 1) Vgl. BGE 35 II 687.
- 2) Haab, Vereinfachungen 253a, spricht von einer "Gläubigernot", wenn die Betriebenen zu stark geschont werden.
- 3) "Das Recht zu abermaliger Betreibung muss jedem Gläubiger ohne Ausnahme zustehen, auch solchen, die schon an der früheren teilgenommen haben", Heusler, 131. Gegen eine Privilegierung zeugt auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Vgl. A 10 (1906) 54 ff. Ebenso BGE 35 II 688, 65 III 60.
- 4) Vgl. Moser, 71.
- 5) Vgl. BGE 65 III 60.
- 6) Zum Begriff neues Vermögen vgl. AGVE 1961, 75; ZBJV 103 (1967) 243 f.; Extraits 1971, 76; ZR 74 (1975) Nr. 3; Lanter, 121 ff.
- 7) Sonst "könnte ein wieder vermögend gewordener Schuldner sich mit dem Raub seiner Gläubiger brüsten", Heusler, 131.

Konkursverlustscheinsschuldners Rechnung (1). Misslingt dem Schuldner der Aufbau einer neuen Existenz, obwohl er für die alten Forderungen nicht mehr betrieben wird, und muss er wiederum auf dem Konkurswege belangt werden, so wirkt deshalb die Begünstigung des Konkursiten durch den besagten Artikel nicht mehr (2). Die Schonung des Schuldners, Unterbruch der Betreibung auf blosser Einrede des fehlenden Vermögens hin, fällt dann weg, und alte wie neue Gläubiger werden in der Exekution nicht mehr beschränkt (3).

Da die erwähnte Norm nur die Interessen des in die missliche Situation des Konkursiten geratenen Schuldners anvisiert, ist ausschliesslich er zur Einrede mangelnden neuen Vermögens legitimiert. Die Einrede ist demnach ein Persönlichkeitsrecht des Schuldners (4) und steht Dritten nicht zu, die bloss ein mittelbares Interesse an der Abweisung eines Gläubigeranspruches besitzen. Auf keinen Fall steht sie deshalb bei Uebergang der Schuld auf ein anderes Rechtssubjekt diesem auch zu (5), wie es die Anhänger der Auffassung, die Einrede sei eine objektive des materiellen Rechtes, befürworten (6, 7). Die Einrede mangelnden Vermögens folgt der Schuld nicht.

- 1) Vgl. BGE 65 III 60. Ist der Konkursit nicht zu neuem Vermögen gekommen, so soll er vor sinnlosen und daher schikanösen Betreibungen geschützt werden.
- 2) Durch den erneuten Konkursausbruch ist erwiesen, dass der Zweck, dem das Privileg dienen soll, nicht erreicht werden kann. Vgl. BGE 35 II 687. Vgl. auch Blumenstein, 818 Anm. 24 i.f.
- 3) Wird der Schuldner später auf Einzelpfändung betrieben, so kann er aber immer wieder die Einrede des mangelnden neuen Vermögens gegenüber Konkursverlustscheinsgläubigern erheben.
- 4) Vgl. BGE 35 II 686.
- 5) Vgl. BGE 65 III 60.
- 6) Vgl. vorne, 68 Anm. 3 und 4.
- 7) Nicht legitimiert zur Erhebung der Einrede sind neben den Erben auch z.B. die Mitschuldner und Bürgen und die Kollektivgesellschaften, die für eine im Konkurs der Gesellschaft nicht gedeckte Forderung belangt werden (vgl. Blumenstein, 818).

Wenn aber die Einrede nicht materiellrechtlicher Natur ist und die Forderungen alter und neuer Gläubiger nicht unterschiedlich behandelt werden, dann will die Klage nur feststellen, ob Forderungen von neuem auf dem Zwangsvollstreckungswege durchgesetzt werden können; deshalb hat die Klage auf Feststellung neuen Vermögens des Konkursiten betreibungsrechtlichen Charakter (1).

F. Arrestaufhebungsklage

Das SchKG umschreibt in Art. 271 abschliessend, unter welchen Voraussetzungen ein Arrest möglich ist. Wird Arrest gewährt, bestreitet der Schuldner aber den Arrestgrund, so kann er gemäss Art. 279 Abs. 2 SchKG Aufhebung des Arrestes durch Klage verlangen. Die Klage zielt auf Abklärung, ob ein den Bestimmungen des SchKG entsprechender Arrestgrund tatsächlich vorliegt oder nicht. Der Prozess hat deshalb betreibungsrechtlichen Charakter (2). Die Klage richtet sich weder gegen den Bestand der Forderung noch gegen den Arrestvollzug (3, 4).

-
- 1) Vgl. vorne, 69 Anm. 2
 - 2) Blumenstein, 842; Jaeger, N 3 zu Art. 279; Schindler, 53; Fritzsche, II 230; Favre, 368; BGE 96 III 50.
Anders die arrestrechtliche Schadenersatzklage, die materiellrechtlicher Natur ist (vorne, 60f.).
 - 3) Vgl. BGE 51 III 29.
 - 4) Gegen den Arrestvollzug durch die Betreibungsbeamten verfügen die Parteien gemäss Art. 17 SchKG über das Rechtsmittel der betreibungsrechtlichen Beschwerde.

II. Gerichtsstand

a) Grundsatz

Wie schon mehrmals ausgeführt, bilden rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten Bestandteil des Exekutionsverfahrens. Würde nun die Regelung des Gerichtsstandes für diese Klagen nicht bundesrechtlich geordnet, sondern den kantonalen Zivilprozessordnungen überlassen, so führte dies zu einer unhandlichen und gänzlich unhaltbaren Situation, und Sinn und Zweck des SchKG, das an sich und grundsätzlich Verfahrensrecht ist (1), würden ausgehöhlt. Die Kantone müssten in diesen Fällen die örtlichen Zuständigkeiten regeln, was ein Durcheinander verschiedenster Lösungen brächte. So könnte es dann beispielsweise geschehen, dass das verhältnismässig einfache, aber sehr häufige Rechtsöffnungsverfahren zu einer komplizierten Angelegenheit würde, wenn vorerst die Frage örtlicher Zuständigkeit gelöst werden müsste; eine Schwierigkeit, wie sie im Zusammenhange mit der Widerspruchsklage zu Genüge unangenehm bekannt ist.

Im Zwangsvollstreckungsverfahren ist eben dann, wenn Existenz der Schuld, Umfang der Verwertungsmasse oder Ansprüche der Gläubiger strittig sind, ein enges Zusammenspiel zwischen Betreibungsämtern und Gerichten notwendig. Gerichtliche und betreibungsrechtliche Schritte folgen einander in teilweise vom Gesetz äusserst kurz festgelegten zeitlichen Abläufen. Wenn aber jedesmal Probleme über die örtliche Zuständigkeit der Gerichte auftauchen, werden die Parteien verunsichert, der Prozessweg verlängert, wenn ein Begehren wegen Unzuständigkeit des angerufenen Richters abgewiesen wird, die Zwangsvollstreckung verschleppt und damit eine allfällige Eile der Gläubiger, die raschmöglichst befriedigt werden wollen und auch sollten, gehemmt. Eine Regelung der Gerichtsstände für betreibungsrechtliche Streitigkeiten von Bundesrechts wegen drängt sich deshalb auf.

1) Vgl. vorne, 34.

Indessen schreibt das SchKG nicht für alle rein betreibungsrechtlichen Klagen die örtliche Zuständigkeit der Gerichte vor. Angesichts der Gefährdung der Rechtssicherheit lässt sich die Kompetenz der Gerichte aber aus ungeschriebenen Bundesverfahrensnormen herleiten (1), weshalb für betreibungsrechtliche Streitigkeiten notwendigerweise eine eidgenössisch geregelte Gerichtsstandsordnung gilt. Aber auch die rechtliche Natur dieser Streitigkeiten, die Bestandteil des bundesrechtlich normierten Zwangsverwertungsverfahrens sind, spricht für eine eidgenössische Regelung. So hat das Bundesgericht in einem frühen Entscheide befunden, dass sobald "das Betreibungs- und Konkursverfahren einheitlich geordnet ist, sobald namentlich einheitliche Normen über den Ort, wo die Zwangsvollstreckung vor sich zu gehen hat, bestehen, muss auch die Frage, welches Gericht (...) zur Beurteilung der erwähnten Inzidente (2) zuständig sei, für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft eine einheitliche Lösung finden, und muss diese in dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs gesucht werden, auch wenn dieses ausdrückliche Vorschriften darüber nicht enthält" (3). Das eidgenössische Recht bestimme nicht nur, dass die betreffenden Angelegenheiten dem Gerichte zu unterbreiten seien, sondern auch die wesentlichen formalen Voraussetzungen des Verfahrens (4), weshalb die örtliche Zuständigkeit des Richters vom Bundesrecht geordnet werde (5).

1) Vgl. vorne, 20ff.

2) Klagen gemäss Art. 77 SchKG (Begehren um Bewilligung eines nachträglichen Rechtsvorschlages), 80 (Rechtsöffnungsbegehren), 85 (Begehren um Aufhebung oder Einstellung der Betreibung), 181 (Begehren um Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung) und 265 (Klage auf Feststellung neuen Vermögens des Konkursiten).

3) BGE 25 I 38.

4) So bestimmt das SchKG z. B. Art des Verfahrens (vgl. Art. 25 Ziff. 2 SchKG), Fristen (vgl. etwa Art. 84 SchKG), Ausschluss der unentgeltlichen Prozessführung (vgl. Eichenberger, Beiträge 89 f.; Sträuli/Messmer, N 2 zu § 84), Betreibungsstillstand (vgl. Art. 56 SchKG. Eichenberger, l. c. 257; Sträuli/Messmer, N 3 vor § 213).

5) BGE 25 I 38.

Auch über Analogie (1) gelangt man zum Ergebnis, dass die örtliche Zuständigkeit der Gerichte für betreibungsrechtliche Streitigkeiten vom Bundesrecht normiert werden muss. Bei der Arrestaufhebungsklage, einer rein betreibungsrechtlichen (2), wird der Gerichtsstand nämlich vom SchKG bestimmt. Per analogiam gilt nun ohne weiteres, dass die Gerichtsstände aller rein betreibungsrechtlichen Klagen, also aller Klagen von rechtlich gleicher Natur wie die Arrestaufhebungsklage, durch Bundesrecht zu bezeichnen sind und die Gerichtsstandsordnung nicht den Kantonen anheim gestellt werden darf (3). Der Analogieschluss ist umso unbedenklicher, als sich in allen rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten nur Betreibender und Betriebener gegenüberstehen.

Wenn aber die betreibungsrechtlichen Klagen Bestandteil des Exekutionsverfahrens sind und wenn bei der Arrestaufhebungsklage der Gerichtsstand am Arrestorte vorgeschrieben ist, dann ist für alle betreibungsrechtlichen – jedenfalls für alle rein betreibungsrechtlichen – Streitigkeiten von Bundesrechts wegen einheitlich der Richter am Betreibungs-, Arrest- oder Konkursorte kompetent, wo sich auch die übrigen Behörden befinden, die für die Durchführung einer Zwangsexekution zuständig sind.

b) Betreibungsort

Der Ort, an dem eine Schuldbetreibung anzuheben und durchzuführen ist, heisst Betreibungsstand (4). Betreibungsstand ist nicht zu verwech-

1) Vgl. vorne, 22 Anm. 5.

2) Vgl. vorne, 73.

3) Es gibt im SchKG noch weitere Analogieschlüsse. Als Beispiel wäre anzuführen, dass in einer Betreibung auf Pfändung der Schuldner, der der Pfändung beizuwohnen hat (vgl. Art. 91 Abs. 1 SchKG), in analoger Anwendung des Art. 229 Abs. 1 SchKG polizeilich zur Einvernahme vorgeführt werden kann. Vgl. BGE 87 III 93 Erw. 3.

4) Vgl. Blumenstein, 167. Uebersicht über die verschiedenen Betreibungsstände bei Blumenstein, 174 ff.; Lenzi, 10 ff.; Favre, SJK Nr. 492; Fritzsche, I 82 ff.; Walder, Tafel 5.

seln mit Gerichtsstand am Betreibungsort. Dies bedeutet, dass eine mit der Betreibung in Verbindung stehende Klage am Betreibungsort anzubringen ist. Die Bestimmung des Betreibungsortes ist Voraussetzung für den Gerichtsstand am Betreibungsort, so wie dem Gerichtsstande des Wohnortes die Bestimmung des Wohnortes vorausgeht.

Unter Betreibungsort wird zweierlei verstanden: Zum einen bezeichnet er den Betreibungs- oder Konkurskreis. Er bestimmt demnach, welche Schuldbetreibungsbehörde für eine konkrete Zwangsvollstreckung örtlich zuständig ist. Zum andern nennt er den Ort, wo der Schuldner betreibungsrechtliche Massnahmen gegen sie dulden muss. Der Gläubiger weiss somit, wo er staatliche Hilfe anfordern kann, und der Schuldner wird vor Verfolgung an irgendeinem vom Gläubiger willkürlich gewählten Orte geschützt (1).

Da gemäss Art. 64 BV der Bund für die Gesetzgebung über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht kompetent ist, wird der Betreibungsort im SchKG selbständig geordnet und der Herrschaft der Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV entzogen. Dies, obwohl der Betreibungsort mit dem natürlichen Gerichtsstand rein äusserlich verwandt ist (2). Die Gerichtsstandsgarantie und der Betreibungsort knüpfen beide an den Wohnsitz des Beklagten bzw. des Betriebenen an. Der Betreibungsort ist deshalb gemäss Art. 46 f. SchKG am zivilrechtlichen Wohnsitz des Schuldners zu suchen (3). Besondere Betreibungsorte gelten für den Schuldner ohne festen Wohnsitz (4), für den im Ausland wohnenden Schuldner (5), für die Betreibung unverteilter Erbschaften (6),

1) Vgl. Blumenstein, 168.

2) Blumenstein, 169; Fritzsche, I 78.

3) Vorne, 14 ff.; BGE 88 III 138 f.; AGVE 1973, 74; BLSchK 28 (1964) 175, 38 (1974) 112.

4) Gemäss Art. 48 SchKG am Aufenthaltsort.

5) Gemäss Art. 50 SchKG am Spezialdomizil in der Schweiz oder am Orte der schweizerischen Geschäftsniederlassung.

6) Gemäss Art. 49 SchKG am Orte, wo der Erblasser zur Zeit seines Todes betrieben werden konnte.

bei pfandgesicherten Forderungen (1) und nach erfolgter Arrestnahme (2). Bei Wohnsitzveränderung während des Einleitungsverfahrens wechselt der Betreibungsort an den neuen Wohnort (3). Im übrigen gilt für das Betreibungsrecht die Einheit des Betreibungsortes (4). Für Personen mit Wohnsitz bzw. Sitz in der Schweiz wird deshalb kein besonderes Geschäftsdomizil anerkannt (5).

III. Prorogation

Oeffentliches Interesse an Ueberblickbarkeit des Betreibungsablaufes und am Schutze Dritter, die sich der Zwangsexekution anschliessen wollen und die gleich behandelt werden sollen, gebieten ein einheitliches Betreibungsverfahren und damit den Gerichtsstand am Betreibungs-, Arrest- oder Konkursorte (6). Die örtliche Zuständigkeit des forum executionis ist daher zwingend und ausschliesslich. Sie darf von den Parteien nicht abgeändert werden.

-
- 1) Gemäss Art. 51 SchKG entweder am Wohnsitze des Schuldners oder am Orte, wo sich das Pfand oder der wertvollste Teil desselben befindet, bei grundpfandversicherten Forderungen am Orte der gelegenen Sache.
 - 2) Gemäss Art. 52 SchKG am Arrestorte.
 - 3) Vgl. Art. 53 SchKG und Sträuli/Messmer, N 4 zu § 9, und Walder, Tafel 20.
 - 4) Vgl. Art. 55 SchKG.
 - 5) Jaeger/Daeniker, N 3 zu Art. 46; SJZ 56 (1960) 126, 62 (1966) 347.
 - 6) Blumenstein, 190 f.; Jaeger, N 2 zu Art. 46; Fritzsche, I 79; Favre, 105; BGE 40 III 130; B1SchKG 29 (1965) 136.

Zweite Gruppe:

BETREIBUNGSRECHTLICHE STREITIGKEITEN MIT REFLEXWIRKUNG AUF MATERIELLRECHTLICHE VERHAELTNISSE

I. Klagen

A. Widerspruchsklagen

a) Inhalt

Eine Pfändung oder Arrestnahme erstreckt sich auf Gegenstände, von denen vermutet wird, dass sie zum Vermögen des Schuldners gehören. Es ist aber durchaus denkbar, dass ein Teil davon im Eigentum Dritter steht. Allfällige Rechte Dritter gehen aber denjenigen der betreibenden Gläubigern vor. Die Drittsprecher haben deshalb die Möglichkeit, mittels des Widerspruchsverfahrens (1) ihr Eigentum an den gepfändeten oder verarrestierten Sachen und Forderungen oder ihre beschränkten dinglichen Rechte geltend zu machen. Gäbe man aber den Begehren des Dritten kurzerhand statt, so würde der Verwertungsnexus geschmälert und die Betreibenden wären womöglich benachteiligt. Vernachlässigte man anderseits die Ansprüche des Dritten, so wäre das Eigentum kaum mehr geschützt. Das Widerspruchsverfahren soll deshalb den Interessenskonflikt – Widerspruch – zwischen einer vom Gläubiger veranlassten Zwangsexekution und dem – behaupteten – entgegenstehenden Recht eines Dritten lösen.

Zwei Fälle sind zu unterscheiden: Es liegt am Dritten, seine Rechte an der Sache durch Klage zu verteidigen, wenn sich der Gegenstand im Gewahrsam des betriebenen Schuldners befindet (2). Dagegen muss der Gläubiger – oder der Schuldner – Klage erheben, falls der Dritte

1) Art. 106 ff., 155, 275 SchKG.

2) Freigabeklage, Art. 107 SchKG.

Gewahrsam an Vermögenswerten hat, von denen behauptet wird, dass sie dem Betriebenen gehören (1). Die beiden Klagen unterscheiden sich demnach nur durch die Parteirollenverteilung, deren Lösung sich aus der Frage ergibt, wer – mehr oder weniger zufällig – Gewahrsam an der Sache hat (2). Anspruch auf die Beklagtenrolle hat der Gewahrsamsträger oder derjenige, dessen bestrittenes Recht sich auf die Eintragung im Grundbuche stützt (3). Wenn der einzige Unterschied der beiden Klagen die Verteilung der Parteirollen betrifft, die Rechtsbeziehungen zum Streitgegenstande sich aber gleich bleiben, mag der Rechtsangriff vom Drittansprecher oder vom Gläubiger ausgehen, so sind sie wesensgleich und entfalten die gleiche Wirkung (4).

Ueber die Natur der Klage sind die Meinungen kontrovers. Von Nuancen abgesehen, sind zwei prinzipielle Standpunkte auseinanderzuhalten (5):

-
- 1) (Eigentliche) Widerspruchsklage, Art. 109 SchKG.
 - 2) Gewahrsam i. S. des SchKG ist nicht identisch mit Gewahrsam i. S. des ZGB (vgl. Stark, N 31 zu Art. 919). Dieser beinhaltet Besitz, also neben der Innehabung der physischen Gewalt auch die Absicht, über die Sache als Eigentümer zu verfügen, jener bloss die tatsächliche Verfügungsgewalt (vgl. Blumenstein, 387; Stark, N 31 zu Art. 919 und dort zitierte BGE).
 - 3) Die richtige Parteirollenverteilung belastet das Verfahren über Gebühr (vgl. Böschstein, 11 f.; Fritzsche, I 252. Sie beschäftigt auch das Bundesgericht häufig. Vgl. z. B. BGE 97 III 68 Erw. 3, 99 III 12, 101 III 26.): Fordert das Betreibungsamt die falsche Partei zur Klage auf, so wird diese gestützt auf Art. 17 SchKG Beschwerde führen, um die falsche Verfügung zu berichtigen. Gleichzeitig wird der Beschwerdeführer aber anweisungsgemäss die Widerspruchsklage erheben. Denn wird die Beschwerde abgewiesen und hat er keine die Klage aufschiebende Wirkung verlangt (vgl. Art. 36 SchKG), so wird in der Zwischenzeit die Klagefrist abgelaufen sein (vgl. Favre, 203), und der Kläger kann die Klage nicht mehr anheben. Immerhin bleibt ihm, Wiederherstellung der versäumten Frist zu verlangen (vgl. Guldener, ZPR 273).
 - 4) Vgl. hinten, 82 ff.
 - 5) Uebersicht bei Fehlmann, 53 ff., und in ZR 48 (1949) Nr. 204. Fritzsche, I 239 Anm. 352, spricht zwar der Auseinandersetzung über die juristische Natur der Klage den praktischen Wert ab, doch beeinflusst der Ausgang der Kontroverse die Bestimmung des Gerichtsstandes resp. zunächst die Kompetenz, ob Bund oder Kantone die örtliche Zuständigkeit der Gerichte zu regeln haben (vgl. vorne, 41).

Nach der einen Auffassung ist die Widerspruchsklage materiellrechtlicher Natur. Im Falle des Art. 106 SchKG sei sie eine negative, in demjenigen nach Art. 109 SchKG eine positive Feststellungsklage (1). Festgestellt werde der vom Dritten behauptete Eigentumsanspruch oder das Pfandrecht (2). Nach der anderen gehört sie zu den betriebsrechtlichen. Der Richter untersuche, ob die von Verwertung bedrohte Sache tatsächlich zum Verwertungsnexus gehöre oder ob sie daraus zu entlassen sei (3). Danach beziehe sich die Klage nur auf Beseitigung (4) oder Bestätigung (5) einer betriebsrechtlichen Massnahme, nämlich der Pfändung (6). Deshalb sei das Widerspruchsverfahren bloss ein Inzidenz der Schuldbetreibung.

Die herrschende Lehre ordnet die Widerspruchsklage m.E. zu Recht den betriebsrechtlichen Klagen zu (7). Pfändung oder Arrest sind Voraussetzung für das Widerspruchsverfahren, weshalb es beim Hinfälligwerden der Schuldbetreibung sofort gegenstandslos wird (8). Das Verfahren, das im Hinblick auf den weiteren Verlauf einer konkreten Betreibung eingeleitet wird, ist bloss eine Zwischenstreitigkeit in dieser Zwangsexekution. Es beseitigt die Zweifel an dem durch Pfändung oder Arrest nur provisorisch festgestellten Umfange des Pfändungsnexus. Dazu müssen zuerst die materiellrechtlichen Verhältnisse – ob

-
- 1) Vgl. Emil Peter, Die sog. Widerspruchsklage, ZSR NF 17 (1898) 384.
 - 2) Vgl. Lenhard, 44 ff.
 - 3) Wagner, 142; Sträuli/Messmer, N 9 zu § 9.
 - 4) Vgl. Art. 107 SchKG. Der Kläger – der Dritte – will die streitige Sache aus dem Pfandnexus befreien.
 - 5) Vgl. Art. 109 SchKG. Der Kläger – der Gläubiger – will die streitige Sache im Pfandnexus behalten.
 - 6) Oder des Arrestes, falls die Sache verarrestiert worden ist, vgl. Art. 275 SchKG.
 - 7) Fehlmann, 54; Arthur Meier-Hayoz, Das Eigentum (Art. 641-654 ZGB), Berner Kommentar, Bern 1959, N 20 zu Art. 641 und dort zitierte Autoren und Entscheide; Sträuli/Messmer, N 9 zu § 9.
 - 8) BGE 36 I 46 Erw. 2; 58 I 234.

die vom Dritten beanspruchten Eigentums- oder Pfandrechte an der streitigen Sache tatsächlich existieren oder nicht - abgeklärt werden. Ihre Abklärung bildet Vorstufe für das Urteil in der Hauptsache, eines Urteils, das über Wirkungen bestimmter betreibungsrechtlicher Massnahmen entscheidet, nämlich, ob das vom Dritten geltend gemachte Recht Pfändung oder Arrest ausschliesse (bei Eigentum) oder zurückdränge (bei Pfandrecht) (1). Wird im Widerspruchsprozesse festgestellt, dass eine Sache als Substrat der Vollstreckung zu dienen hat, so wird sie verwertet (2). Sie geht dann ihrem Ansprecher verloren, weil der neue Erwerber daran unanfechtbares Eigentum erwirbt (3). Diese Konsequenz - nämlich Veränderung materiellrechtlicher Verhältnisse - ist vom SchKG nicht beabsichtigt, aber bei der Zwangsvollstreckung nicht zu vermeiden (4). Deshalb gehören die Widerspruchsklagen zu den betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse.

Der Charakter des Widerspruchsprozesses als einer Zwischenstreitigkeit zeigt sich auch darin, dass die Zwangsexekution gehemmt wird, solange das Widerspruchsverfahren läuft (5).

Da die Widerspruchsklage betreibungsrechtlicher Natur ist, hat das Urteil lediglich für die laufende Betreibung Rechtskraft (6). Dies ist un-

- 1) Das Pfandrecht bildet nicht ein die Pfändung zurückdrängendes Recht, sondern ein bei der Pfändung zu berücksichtigendes Vorzugsrecht. Das Pfandrecht lässt nämlich im Gegensatz zum Eigentum die Pfändung zu Recht bestehen. Bei der Verwertung wird aber zunächst das Pfandrecht berücksichtigt. Vgl. Hauser/Hauser, Gerichtsverfassungsgesetz, 3. A., Zürich 1978, N 9 zu § 20; BGE 84 I 224.
- 2) Dies indessen nur dann, wenn tatsächlich alle vorsorglich gepfändeten Gegenstände verwertet werden müssen, um die Forderungen der Gläubiger befriedigen zu können.
- 3) Vgl. Blumenstein, 108.
- 4) Vgl. vorne, 40.
- 5) Vgl. BGE 104 III 45 Erw. 2 i.f.
- 6) BGE 85 III 62, 86 III 142 Erw. 2, 92 III 18 Erw. 3.

bestritten in jenen Prozessen, in denen sich Gläubiger und Drittansprecher gegenüberstehen und somit vorfrageweise über eine res inter alios acta entschieden wird. Liegen jedoch nach Art. 107 SchKG Schuldner und Dritter im Streite, dann bildet die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Ansprecher und gepfändeter Sache zugleich den Hauptgegenstand des Prozesses – die Sache gehört der einen oder der andern Partei – und es fragt sich deshalb, ob dieses Verhältnis aus praktischen Gründen nicht ein für allemal verbindlich abgeklärt werden könnte und auch sollte (1); dies umso mehr, als in gewissen Kantonen das Widerspruchsverfahren im ordentlichen Prozess abgewickelt wird (2).

Gegen eine solch weitgehende Wirkung spricht indessen eine Reihe von Argumenten: Einmal sollen zwar praktische Gründe bei Organisation und Gestaltung des Prozessverfahrens berücksichtigt werden, sie sollen aber keinesfalls zu einer Erweiterung der Klage führen. Ist eine Klageerweiterung nämlich an sich schon problematisch – kann sie doch dazu führen, dass sowohl Kläger als auch Beklagter die Uebersicht über die Streitsache verlieren, den Prozess in seiner Bedeutung nicht mehr richtig einschätzen und die Rechtsvorkehren nicht mehr anforderungsgemäss gestalten können –, so wird sie es noch mehr, wenn sie nicht aus Partei-, sondern Verfahrensinteressen bewirkt wird. Im Widerspruchsstreite wird über den Umfang des Pfandnexus geurteilt. Deswegen wird er angehoben und nicht damit zusätzlich über dingliche Rechte verbindlich entschieden werde. Auch wenn die Parteien den im Widerspruchsprozess ergangenen Entscheid über die konkrete Betreibung hinaus beachten, weil sie sich von erneuter Klage kein günstigeres Urteil versprechen, so darf

1) Bejahend Jaeger/Daeniker, N 5 zu Art. 107; Piguet, 87; Wagner, 150; Fritzsche, I 238 Anm. 351; Favre, 205 f.; Walder, Tafel 26; Isaak Meier, Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 2. Band, Zürich 1978, 92. Aehnlich auch Guldener (ZPR 365 Anm. 22b; derselbe, Zwangsvollstreckung 48 ff.), der dem Urteil im Widerspruchsprozesse materielle Rechtskraft zuerkennt, sofern keine Aenderung der Parteien und der Rechtslage erfolgt.

2) Z. B. in den Kantonen Aargau, Bern, Solothurn.

daraus eben nur geschlossen werden, dass nach einer materiellen Rechtskraftwirkung des Entscheides im Widerspruchsprozesse gar kein praktisches Bedürfnis besteht (1). - Zudem erlaubt die sehr kurze Klagefrist von zehn Tagen oft kaum, die Klage genügend zu substantiieren (2). - Rechtskraft über die konkrete Betreibung hinaus würde ferner bedeuten, dass Klageverzicht oder -säumnis zum endgültigen Verluste des dinglichen Rechtes führte. Eigentümer oder Pfandberechtigter gingen dann, nur weil sie z. B. die kurze Klagefrist verpassten, auf einfachste Weise ihres Rechtes verlustig. Dies stände aber in einem schiefen Verhältnis zur Umsicht des Zivilgesetzgebers, mit der er dinglich Berechtigte vor Eingriffen Unberechtigter schützt (3). - Weiter ist die Stellung des Dritten ohnehin erschwert, wird ihm doch durch die Pfändung die Verfügungsgewalt über sein Eigentum entzogen. Unbefriedigend wäre es aber vollends, wenn dem Dritten die Sache bei für ihn ungünstig ent-

1) Vgl. Leuch, ZBJV 76 (1940) 10 Anm. 1.

2) Vgl. Leuch, l. c.; Kummer, ZBJV 97 (1961) 9 f. Der Hinweis, dass das im Aberkennungsprozess ergangene Urteil ebenfalls materielle Rechtskraft entfalte, obwohl der Schuldner innert zehn Tagen Klage anheben musste, hilft aus drei Ueberlegungen nicht: Erstens beginnt die Klagefrist bei der Aberkennungsklage erst nach unbenütztem Verstreichen der Beschwerdefrist des Rechtsöffnungsurteils an zu laufen. Dies gilt auch dann, wenn der betriebene Schuldner das Rechtsöffnungsbegehren unter Vorbehalt der Aberkennungsklage anerkannt hat (vgl. AGVE 1978, 55 f.; vgl. auch BGE 104 II 142 f. Erw. 2 und Blumenstein, 265). Zweitens vermag sich der Schuldner schon während des Einleitungsverfahrens mögliche Einwendungen zu überlegen und Schritte zu ihrer Substantiierung zu unternehmen. Den Dritten im Widerspruchsprozesse kann jedoch die Mitteilung, dass seine im Gewahrsam des Schuldners befindliche Sache gepfändet sei, völlig unvorbereitet treffen. Drittens und wesentlichst geht es im Aberkennungsprozess um ein obligatorisches, im Widerspruchsprozess um ein dingliches Recht. Die richterliche Korrektur einer unbegründet geleisteten Zahlung ist bei gutgläubigem Erwerb möglich, nicht jedoch die Rückübertragung eines dinglichen Rechtes, denn die Translativwirkung des Besitzes schützt den gutgläubigen Erwerber (vgl. Tuor/Schnyder, 521 f.).

3) Vgl. Leuch, l. c. Auch das Bundesgericht lehnt in BGE 86 III 144 die endgültige Verwirkung des Rechtes bei Säumnis ab.

schiedenen Widerspruchsprozess auch dann entzogen bliebe, wenn die Betreuung aus irgendeinem Grunde dahingefallen ist (1). – Endlich sei darauf hingewiesen, dass es dogmatisch unbefriedigend ist, wenn wessensgleiche Klagen (2) ungleich wirkende Urteile provozierten, wenn also einmal der Entscheid einer Freigabeklage über die laufende Betreuung hinaus, ein andermal aber nur innerhalb der Betreuung zu beachten wäre.

Zusammenfassend sei deshalb festgehalten, dass alle im Widerspruchsverfahren ergangenen Entscheide nur für die hängige Betreuung Rechtskraft entfalten sollten (3).

b) Gerichtsstand

Das SchKG regelt die örtliche Zuständigkeit der Gerichte für Widerspruchsklagen nicht. Da die Betreuung aber eine Einrichtung des Bundesrechtes und der Widerspruchsprozess ein Inzidenz der Zwangsvollstreckung darstellt, sollte der Streit an einem von Bundesrechts wegen normierten, für die ganze Schweiz einheitlichen Gerichtsstande geführt werden (4). Der Streit dreht sich ja – wie ausgeführt – um gepfändete oder verarrestierte Objekte. In konstanter Praxis verneint indessen das Bundesgericht seine Kompetenz, den Gerichtsstand der Widerspruchsklagen festlegen zu können, und es überlässt die Regelung den Kantonen (5). Es hält sich dabei strikte an den verfassungsrechtlichen Grundsatz,

1) Vgl. Leuch, l. c.

2) Vgl. vorne, 80.

3) Leuch, l. c.; Kummer, ZBJV 97 (1961) 9 f.; derselbe, ZBJV 98 (1962) 59; Fehlmann, 57.

4) Weber/Brüstlein/Reichel, N 3 zu Art. 107; Blumenstein, 393; Jaeger, N 5 zu Art. 107; Haab, Vereinfachungen 273a; Lenhard, 70; Brand, Nr. 1169, 4.

5) Guldener, ZPR 65 Anm. 35; Fritzsche, I 240; Favre, 206. BGE 36 I 47, 81 III 9, 86 III 138.

dass prozessuale Vorschriften in erster Linie durch die Kantone zu erlassen seien. Im übrigen sei eine Bindung der Widerspruchsklage einzig an den Betreibungsort schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Klage neben den betreibungsrechtlichen auch dingliche und – in Bezug auf Forderungen – auch obligatorische Elemente umfasse (1).

Bundesrecht bestimmt aber den Gerichtsstand im interkantonalen und im internationalen Verkehr (2). Wohnt in einem schweizerischen Betreibungsverfahren der Widerspruchsbeklagte im Ausland, so ist der Prozess dennoch am Betreibungsorte durchzuführen (3). – Bei Widerspruchsklagen um Forderungen gilt die Gerichtsstandsgarantie gemäss Art. 59 BV (4). Klagt im Verfahren nach Art. 109 SchKG der Betreibungsgläubiger gegen einen in einem anderen Kanton wohnhaften Dritten, so befindet sich dieser nämlich sachlich in derselben Lage wie irgendein im Sinne von Art. 59 BV persönlich angesprochener Beklagter (5, 6).

Wenn sich bei Prozessen nach Art. 107 und 109 SchKG um Sachen die kantonalen Zuständigkeitsvorschriften widersprechen, so geht von Bun-

- 1) Vgl. BGE 58 I 234.
- 2) Bekanntlich ist die Abgrenzung der Gerichtsbarkeit der Kantone Bundes Sache, vgl. Guldener, ZPR 66, und vorne, 13.
- 3) "Das Widerspruchsverfahren ist Bestandteil des Betreibungsverfahrens. Es erscheint nun als ausgeschlossen, dass sich das (schweizerische) Betreibungsverfahren zum Teil im Ausland abspiele. Wohnt der Beklagte im Widerspruchsprozess nicht in der Schweiz, so muss von Bundesrechts wegen ein inländischer Gerichtsstand zur Verfügung stehen. Dafür kommt, sofern nicht nach kantonalem Prozessrecht eine andere Lösung eingreift, mangels genügender sachlicher Beziehung zu einem anderen Orte nur der Gerichtsstand des Betreibungsortes in Betracht", BGE 57 III 16.
- 4) BGE 58 I 233 f.; 86 III 138 Erw. 1.
- 5) Vgl. Fritzsche, I 242.
- 6) Dagegen ist Art. 59 BV bei Widerspruchsklagen um Forderungen im Freigabeprozess nach Art. 107 SchKG nicht beachtlich. Dies, auch wenn der Gläubiger Beklagter ist, weil der eigentliche Rechtsangriff, nämlich die Pfändung, von ihm ausgegangen ist. Der Dritte verteidigt sich bloss mit der Klage. Vgl. BGE 58 I 234.

desrechts wegen der Gerichtsstand des Sachortes demjenigen des Betreibungsortes vor (1). Liegen die gepfändeten Objekte in verschiedenen Kantonen, so muss, weil ein einheitlicher Gerichtsstand für den Widerspruchsprozess fehlt, an jedem Orte geklagt werden (2).

c) Prorogation

Sind die Kantone zuständig, den Gerichtsstand zu bestimmen, so können sie auch über die Zulässigkeit der Prorogation entscheiden (3).

-
- 1) BGE 58 I 233 Erw. 1, 81 III 10, 86 III 141; BLSchK 26 (1962) 85. Lässt z. B. der Gläubiger Gegenstände des Schuldners pfänden, die ausschliesslich in einer gemieteten Zweitwohnung in einem anderen Kanton liegen, an denen schon der Vermieter sein Retentionsrecht ausübt, dann hat dieser am Orte der gelegenen Sache und nicht etwa am Betreibungsorte Klage gemäss Art. 107 SchKG einzuleiten. Vgl. BGE 96 III 69 Erw. 1a.
 - 2) Vgl. den Fall in VJS 1934, 49 ff., wo in der gleichen Betreibung an zwei verschiedenen Orten innerhalb des gleichen Kantons geklagt werden musste, weil die Objekte in verschiedenen Gerichtssprengeln lagen und der betreffende Kanton für die Widerspruchsklagen keinen einheitlichen Gerichtsstand normiert hatte. - Jenem Gläubiger dagegen, der Gegenstände eines Schuldners pfänden liess, die zwar im gleichen Dorfe, aber trotzdem auf zwei verschiedenen Kantonsgebieten lagen, und nach Intervention eines Drittsprechers Widerspruchsklage erheben musste, ging der Richter am Betreibungsorte insofern entgegen, als er sich - über die Bestimmungen seiner ZPO hinaus - auch für die im anderen Kanton liegenden Objekte für zuständig erklärte, weil die ZPO dieses Nachbarkantons Widerspruchsklagen nicht an den Pfändungs-, sondern an den Betreibungsorte verweist. Der Gläubiger hatte deshalb nur einen Widerspruchsprozess zu führen. Vgl. BGE 86 III 137 ff. und die feinen Bemerkungen dazu bei Kummer, ZBJV 98 (1962) 57 f.
 - 3) Vgl. Uebersicht hinten, 128.

B. Anschlussklage

a) Inhalt

Ehegatte, Kinder, Mündel und Verbeiständete des Schuldners dürfen gegen ihn wegen Forderungen aus dem ehelichen, elterlichen oder vormundschaftlichen Verhältnis nicht Betreibung anheben. Die Familiengemeinschaft soll geschützt und nicht wegen Geldforderungen zwischen Mitgliedern gefährdet werden. Setzt jedoch ein Aussenstehender die Zwangsvollstreckung in Gang, so müssten die Familiengläubiger mit gebundenen Händen zusehen, wie das Vermögen des Schuldners zu Gunsten dieses Aussenstehenden verwertet wird, räumte das SchKG ihnen nicht in Art. 111 das Recht ein, sich – ohne vorhergehende Betreibung und damit privilegiert – der Pfändung anzuschliessen (1, 2).

Indessen können Schuldner und betreibende Gläubiger diese nachträglich geltend gemachten und noch von keinem Richter geprüften Ansprüche der Familienangehörigen anfechten, so wie bei jeder Betreibung einerseits der Schuldner sich über seine Schuldnerrolle äussern (3) und andererseits jeder Gläubiger die Ansprüche konkurrierender Mitgläubiger bestreiten kann (4). Deshalb gibt das Betreibungsamt dem Schuldner und den Gläubigern gemäss Art. 111 Abs. 2 SchKG Kenntnis von dem Anspruch eines privilegiert anschlussberechtigten Familienmitgliedes unter Ansetzung einer Frist, binnen welcher sie denselben bestreiten

-
- 1) Korrelat zu Art. 173, 318 und 413 ZGB.
 - 2) Mit einfacher Anschlusspfändung wird das Zusammentreffen verschiedener, nach dem regelmässigen Verfahren zustandegekommener Pfändung bezeichnet.
Vgl. Art. 110 SchKG und Walder, Tafel 28.
 - 3) Z. B. während des Einleitungsverfahrens mittels Rechtsvorschlag.
 - 4) Mittels Kollokationsklage, vgl. hinten, 95ff.

können (1). Wird der Anspruch bestritten, so hat der privilegierte Gläubiger gemäss Art. 111 Abs. 3 SchKG Klage zu erheben.

Die Anschlussklage (2) visiert als rein betreibungsrechtliches Ziel Bestätigung des Rechtes zu privilegierter Anschlusspfändung. Dazu müssen Existenz und Art (3) der Forderung sowie die Einhaltung der Frist abgeklärt werden (4). Ob die privilegierte Anschlusspfändung weiterhin aufrechterhalten werden kann, hängt deshalb vom Nachweis des Bestehens bestimmter materiellrechtlicher Umstände ab. Das Urteil wirkt

-
- 1) Dass auch die Mitgläubiger die privilegierte Anschlusspfändung in dieser Phase der Betreibung bestreiten können, ist m. E. nicht zwingend, umso weniger, als sich auch bei der einfachen Anschlusspfändung die Gläubiger gegen einen Anschluss weiterer Gläubiger vorerst einmal nicht wehren können. Zwar besteht die Gefahr, dass der Schuldner seine Angehörigen durch Anerkennung nicht bestehender Forderungen zum Nachteil anderer Gläubiger begünstigen könnte, doch besitzen die Gläubiger immer die Möglichkeit, die Rechte anderer anlässlich des Kollokationsverfahrens gemäss Art. 148 Abs. 1 SchKG (vgl. hinten, 95ff.) anzufechten. (Vgl. BGE 52 III 112 Erw. 2. A. A. BGE 31 I 25, nach dem die nichtbestreitenden Gläubiger das Versäumte nicht durch Klage gegen den Kollokationsplan nachholen können. Durch Stillschweigen gelte die Anschlusspfändung als anerkannt.) Auf keinen Fall sollten aber nur diejenigen betreibenden Mitgläubiger, an deren Gruppe die privilegierte Anschlusspfändung erfolgen soll, die Anschlusspfändung bestreiten dürfen und die Gläubiger der späteren Gruppen ausgeschlossen werden, wie es Blumenstein, 413, und das BGr. in 24 I 63 und 28 I 67 postulieren. Verfügt nämlich der Schuldner über genügend verwertbares Vermögen, dass alle Gläubiger der ersten Pfändungsgruppe voll befriedigt werden können, so werden diese Gläubiger gleichgültig und kaum Interesse hegen, sich für die späteren Gläubiger einzusetzen und eine privilegierte Anschlusspfändung anzufechten. Die späteren Gläubiger können aber gerade deshalb zu kurz kommen, weil privilegierte Anschlusspfändungen zu Unrecht – vielleicht aus Arglist – erfolgt sind.
 - 2) Oder Frauengutsklage.
 - 3) Ob die Forderung aus dem ehelichen, elterlichen oder vormundschaftlichen Verhältnis entspringt.
 - 4) Vgl. Jaeger, N 13 zu Art. 111.

aber lediglich für die konkrete Betreibung, und die Beeinflussung materiellrechtlicher Verhältnisse stellt nur eine Reflexwirkung dar (1, 2).

Dass die Anschlussklage einen betreibungsrechtlichen Zweck verfolgt, ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 111 Abs. 3 SchKG, wonach der Anschlussberechtigte nur die Gelegenheit verliert, an der betreffenden Pfändung teilzunehmen, sofern er es nach Bestreitung seines Anspruches unterlässt, Klage zu erheben. Unterlassung der Klage und damit Verlust der privilegierten Anschlusspfändung bedeutet aber nicht, dass der in Betracht fallende Anspruch als solcher nicht besteht. Der Streit um den privilegierten Anschluss stellt demnach bloss ein Inzidenz der Betreibung dar. Gegen die materiellrechtliche Natur der Anschlussklage spricht ferner die Tatsache, dass neben dem Schuldner auch die betreibenden Gläubiger das Recht zum Privileg bestreiten können. Ihnen ist aber das privatrechtliche Verhältnis zwischen Schuldner und angeblich privilegiertem Ansprecher im Grunde gleichgültig. Durch Bestreiten des Anspruches wollen sie nur verhindern, dass durch allenfalls unlautere Absprachen, die wegen der engen familiären Beziehungen zwischen Schuldner und Anschlussberechtigtem locken, das Pfändungssubstrat geschmälert wird und die auf die einzelnen Gläubiger entfallenden Quoten verkleinert werden.

b) Gerichtsstand

Das SchKG bestimmt den Gerichtsstand der Anschlussklage nicht. Aus der Natur der Klage ergibt sich jedoch das Forum des Betreibungsor-

-
- 1) Blumenstein, 416; Jaeger, N 17 zu Art. 111; Raggenbass, 16; Fritzsche, I 265. BGE 61 III 84, 71 II 172.
 - 2) Ebenso Favre, 216. Dem Streite zwischen Ansprecher und Schuldner misst er aber materiellrechtlichen Charakter zu. Dieser Ansicht stehen jedoch die gleichen Bedenken wie im Widerspruchsverfahren entgegen (vgl. vorne, 83 ff.).

tes (1). Auch das Bundesgericht berücksichtigt das Bedürfnis zur Vereinfachung des Betreibungsverfahrens; es äusserte sich aber bisher nicht ausdrücklich zur Frage des Gerichtsstandes der Frauengutsklage (2). Da das Bundesgericht es ablehnt, bei jenen betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse, zu denen sich das SchKG über den Gerichtsstand ausschweigt, auf Grund von ungeschriebenen Bundesverfahrensnormen die örtliche Zuständigkeit der Gerichte selbst zu bestimmen, sind die Kantone für deren Ordnung kompetent. Nicht alle Kantone haben den Betreibungsort als massgebend erklärt (3).

c) Prorogation

Die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsklausel wird solange vom kantonalen Rechte bestimmt, als nicht Bundesrecht zwingend einen Gerichtsstand vorschreibt (4).

-
- 1) Blumenstein, 416; Jaeger, N 17 B zu Art. 111; Fritzsche, I 265; Brand, Nr. 1169, 8; Leuch, N 2 zu Art. 33; Walder, Tafel 29; nun auch Favre, 216.
 - 2) In BGE 71 II 175 lehnte es das Bundesgericht ab, eine direkte Klage vor Bundesgericht zuzulassen, wenn die Ehefrau des von der Eidgenossenschaft betriebenen Schuldners ihren Pfändungsanschluss verlangt. Eine direkte Klageeinreichung verstiesse gegen die Bestrebungen zu Vereinfachung des Betreibungsverfahrens. Aus praktischen Gründen sei es wünschenswert, dass alle Klagen um Beteiligung an einer hängigen Betreibung vom gleichen Gerichte beurteilt würden.
 - 3) Vgl. Uebersicht hinten, 129.
 - 4) Die in Anmerkung 1 genannten Autoren halten dafür, dass der Gerichtsstand zwingend am Betreibungsorte zu finden sei.

C. Lastenbereinigungsklage in der Betreibung

a) Inhalt

Liegenschaften werden mit allen darauf haftenden dinglichen Lasten versteigert (1). Zur Feststellung dieser Lasten wird ein sogenanntes Lastenverzeichnis aufgenommen um damit eine sichere Grundlage für die Versteigerung zu schaffen (2). Bereinigung und Korrektur dieses Verzeichnisses geschehen durch Einleitung eines Bestreitungsverfahrens. Legitimiert zur Bestreitung der in das Lastenverzeichnis aufgenommenen beschränkten dinglichen Rechte sind allein die betreibenden Gläubiger und der betrie bene Schuldner. Erfolgt eine Bestreitung, so verfährt das Betreibungsamt gemäss Art. 39 VZG und Art. 140 Abs. 2 SchKG analog dem Verfahren nach Art. 107 Abs. 1 SchKG (3). Der Streit wickelt sich in den gleichen Bahnen ab wie die des Widerspruchsprozesses (4); das Lastenbereinigungsverfahren ist ja nur ein Spezialfall des Widerspruchsverfahrens. Die Lastenbereinigungsklage ist daher von gleicher Rechtsnatur wie die Widerspruchsklagen (5).

b) Gerichtsstand

Gemäss Art. 39 Abs. 2 VZG ist der Richter am Orte der gelegenen Sache zuständig. Diese Regelung ergibt sich aus der Ueberlegung, dass

-
- 1) Vgl. Art. 135 SchKG; 45, 102, 130 VZG.
 - 2) Auch im Pfandverwertungsverfahren gilt das Deckungsprinzip, nach dem das Angebot den Betrag der dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehenden pfandgesicherten Forderungen zu übersteigen hat. Vgl. Art. 126 SchKG.
 - 3) Da der Gesetzgeber davon ausging, dass sich die zur Versteigerung gelangende Liegenschaft im Gewahrsam des Schuldners befindet – sie wird ja bei ihm gepfändet –, spielt sich immer nur das Verfahren gemäss Art. 106 f. SchKG ab.
 - 4) Vgl. vorne, 79 ff.
 - 5) Blumenstein, 460; Jaeger, N 12 zu Art. 140; Fritzsche, I 301; Favre, 234.

jenes Gericht, das einen unmittelbaren Einblick zur Sache besitzt, sich am besten eignet, ein den Tatsachen gerecht werdendes Urteil zu fällen.

Wird die Klage aber den betreibungsrechtlichen Streitigkeiten zugeordnet, so ist eine derart enge Verknüpfung des Streites mit dem Orte der gelegenen Sache entbehrlich, zumal im analogen Falle des Konkurses (1) Streitigkeiten um Mobilien oder Immobilien, an denen Gläubiger oder Dritte dingliche Rechte geltend machen, am Gerichte des Konkursortes ausgetragen werden (2).

c) Prorogation

Der Wortlaut des Art. 39 Abs. 2 VZG deutet auf die zwingende Natur der Gerichtsstandsvorschrift hin. Zwar darf nicht – wie gezeigt worden ist (3) – allein auf die Formulierung abgestellt werden. Entscheidend ist hier aber, dass für betreibungsrechtliche Zwischenstreitigkeiten die Zuständigkeitsordnung nicht geändert werden darf, um nicht öffentliches Interesse zu verletzen und die Gleichberechtigung aller Gläubiger zu gefährden.

D. Lastenbereinigungsklage im Konkurs

a) Inhalt

Gemäss Art. 125 Abs. 2 VZG bildet das Lastenverzeichnis im Konkursverfahren einen Teil des Kollokationsplans. Die Generalexekution ent-

1) Vgl. unten.

2) Haab, Vereinfachungen 274 a Anm. 55 i.f., warnt vor der Auffassung, das Lastenverzeichnis sei ein "Grundbuch ad hoc", was wohl für die Statuierung des *forum rei sitae* in Art. 39 VZG ausschlaggebend gewesen, rechtspolitisch betrachtet aber unzutreffend sei.

3) Vgl. vorne, 62.

hält nämlich kein spezielles Widerspruchsverfahren um beschränkte dingliche Rechte. Die an Grundstücken des Gemeinschuldners dinglich berechtigten Personen werden mittels Schuldenrufs angehalten, ihre Ansprüche dem Konkursamt anzumelden (1). Anschliessend entscheidet die Konkursverwaltung in freier Kognition, aber selbstverständlich pflichtgemäss, über die Anerkennung der Forderungen, und sie stellt den Kollokationsplan auf (2). Bestreitet ein Gläubiger das Lastenverzeichnis, mithin eine Verfügung der Konkursverwaltung, so muss er die Kollokationsklage gemäss Art. 250 SchKG anstrengen.

b) Gerichtsstand

Ist die Klage auf Bereinigung des Lastenverzeichnisses im Konkurse mit der Kollokationsklage identisch, so ist das Gericht der Kollokationsklage und mithin gemäss Art. 250 SchKG dasjenige des Konkursortes zuständig. Auch wenn dieses Forum mitunter dem Kläger weniger zusagen mag als das der gelegenen Sache gemäss Art. 39 VZG, so verdient es doch offensichtlich den Vorzug, weil durch Zusammenfassung der Kollokationsprozesse in der Hand des Konkursrichters nicht nur Vereinigung der Streitigkeiten über die gleichen Ansprüche ermöglicht, sondern auch der Gefahr widersprechender Entscheidungen vorgebeugt wird (3).

c) Prorogation

Der Gerichtsstand ist zwingend (4).

1) Vgl. Art. 232 SchKG.

2) Vgl. Art. 244 ff. SchKG.

3) BGE 66 III 20; Furrer, 149.

4) Vgl. die entsprechenden Ausführungen bei der Kollokationsklage, hinten, 97 f.

E. Kollokationsklage

a) Inhalt

Reicht die zur Verwertung gelangende Masse nicht zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger, so wird ein Kollokationsplan entworfen, der die Rangordnung der Gläubiger und die anteilmässige Verteilung der zur Verfügung stehenden Masse auf die einzelnen Gläubiger regelt (1). Der Plan kann aber die Interessen eines Gläubigers beeinträchtigen, wenn seine Forderung nicht – weil im Betrage gemindert oder in einen späteren Rang zurückversetzt – in vollem Umfange aufgenommen, wenn sie zu Unrecht abgewiesen worden ist oder, schliesslich, wenn ein anderer Gläubiger im gleichen Range figuriert und Ansprüche auf die vermeintlich ganz dem einen zustehende Dividende erhebt. Mit der Kollokationsklage gemäss Art. 148 und 250 SchKG vermag der Gläubiger seine Rechte zu wahren und den Plan anzufechten (2).

Das Rechtsbegehren des klagenden Gläubigers zielt auf Aenderung des Kollokationsplanes, damit sein Anspruch entweder in der behaupteten Höhe und in der richtigen Klasse auf Grund des materiellen Forderungsrechtes kolloziert oder die seine Deckung behindernde Kollokation eines Mitgläubigers beseitigt werde (3). Der Zweck der Kollokationsklage erschöpft sich deshalb in der Wahrung betreibungsrechtlicher Interessen.

1) Vgl. Art. 146, 157, 247, 316g SchKG.

2) Vgl. auch Art. 157 SchKG.

3) In der Betreibung auf Pfändung und Pfandverwertung muss der Gläubiger beim Begehren um bessere Plazierung oder Berücksichtigung des richtigen, sich aus den Akten ergebenden Betrages im Kollokationsplan die betreibungsrechtliche Beschwerde (Art. 17 SchKG) anheben, denn es handelt sich um eine Pflichtverletzung des Beamten, wenn er nicht den Betrag kolloziert, wie er vom Gläubiger eingegeben und vom Schuldner durch Unterlassung des Rechtsvorschlages anerkannt oder im Rechtsöffnungsurteil oder im Verfahren nach Art. 106 ff., 111 oder 140 SchKG festgestellt worden ist. In der Spezialexécution richtet sich die Klage nur gegen die Kollokation eines Mitgläubigers. Vgl. ZBJV 93 (1957) 265 f.

Es geht einzig um die Frage, wieweit die Gläubigeransprüche bei der Liquidation der Masse zu berücksichtigen seien. Die Prüfung materiell-rechtlicher Verhältnisse ist dabei notwendige Grundlage für die betriebsrechtliche Gestaltungs-klage, die den bestehenden Kollokationsplan abändern soll. Der Plan wird dann abgeändert, wenn die umstrittene Forderung zivilrechtlich nicht besteht oder wenn sie gemäss ihrer zivilrechtlichen Natur einen anderen Rang als den ihr vom Kollokationsplan ursprünglich zugewiesenen beanspruchen kann.

Das Urteil im Kollokationsprozess mit materiellrechtlicher Wirkung legt das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner rechtskräftig fest. Dies kann aber nur in einem Prozesse zwischen diesen beiden Parteien geschehen. Dem Schuldner kommt jedoch im Kollokationsstreite keineswegs Legitimation, weder aktive noch passive, zu. Seine Interessen vermag er in der Spezial-execution während des Einleitungs- und Rechtsöffnungsverfahrens zu wahren, und in der General-execution werden sie von der Konkursverwaltung berücksichtigt. Im Kollokationsprozeesse kann demnach der Bestand einer Forderung wohl Gegenstand gerichtlicher Prüfung, nicht aber Gegenstand rechtskräftiger Beurteilung sein (1). Zusammenfassend ergibt sich, dass die Kollokationsklage betriebsrechtlicher Natur ist (2).

b) Gerichtsstand

Das SchKG schreibt für die Kollokationsklage die örtliche Zuständigkeit der Gerichte vor. Die Klage ist damit eine der wenigen betriebsrechtlichen Streitigkeiten, deren Forum vom SchKG bestimmt wird. In der Betreibung auf Pfändung urteilt der Richter am Betreibungs- (3),

-
- 1) BGE 65 III 31 Erw. 1. Hänzi, 173.
 - 2) Blumenstein, 493, 781; Göschke, 259; Fritzsche, I 318; Favre, 244, 337; BGE 71 III 197, 81 III 76, 98 II 318 Erw. 4. A. A. Brand, Nr. 1169, 11.
 - 3) Art. 46 ff. SchKG. Vgl. vorne, 77f.

in der Generalexekution derjenige am Konkursorte (1). Nur diese Regelung gewährleistet die Einheit des Betreibungs- oder Konkursverfahrens (2, 3), weil der Richter des Betreibungs- oder Konkursortes alle die Kollokation betreffenden Streitigkeiten beurteilt, gleichgültig auf welchen Rechtsgrund sich die Ansprüche stützen (4, 5).

Am Gerichtsstande der Kollokationsklage wird auch der Lastenbereinigungsprozess nach Art. 125 Abs. 2 VZG geführt (6).

c) Prorogation

Aus dem Gesetze lässt sich über die Zulässigkeit einer allfälligen Prorogation nichts entnehmen. Lehre und Rechtsprechung sind sich aber darüber einig, dass eine Prorogation der Kollokationsklage abzulehnen ist, weil Abwicklung des Streites am Gerichtsstande des Betreibungs- und Konkursortes im Interesse der Öffentlichkeit und dem der anderen

- 1) Entgegen Blumenstein, 786, legt Art. 250 SchKG die sachliche Zuständigkeit nicht fest. BGE 71 III 197; Jaeger, N 4 zu Art. 250; Favre, 339.
- 2) Dies gilt ebenfalls für die Kollokationsklage beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, BJM 1971, 26.
- 3) Vgl. auch Art. 197 SchKG, nach dem sämtliches Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung angehört, gleichviel, wo sich dasselbe befindet, eine einzige Masse (Konkursmasse) bildet.
- 4) Blumenstein, 495, 786; Jaeger, N 5 zu Art. 148; Fritzsche, II 151; BGE 71 III 196 ff.
- 5) Der Zuständigkeit der Kollokationsgerichte sind allerdings die öffentlich-rechtlichen Forderungen, für deren Beurteilung das zutreffende öffentliche Recht eine besondere Instanz vorsieht, entzogen (Blumenstein, Festgabe 228, 258; Jaeger/Daeniker, N 2 zu Art. 245; Fritzsche, II 151 f.) und diejenigen Sonderfälle, "die wegen der Rechtsnatur ihres Streites nur gegenüber dem Gemeinschuldner persönlich, nicht gegenüber seiner Konkursmasse oder zwischen dem betreffenden und einem konkurrierenden Gläubiger, also eben nicht im Kollokationsverfahren ausgetragen werden können", BGE 71 III 198.
- 6) Vgl. vorne, 94.

Gläubiger liegt (1). Das forum executionis ist daher zwingend und ausschliesslich.

F. Aussonderungsklage

a) Inhalt

Fällt ein Schuldner in Konkurs, so bildet das gesamte Vermögen, das er zur Zeit der Konkurseröffnung besitzt, eine einzige Masse, die insgesamt zur Befriedigung der Gläubiger dient (2). Diese Masse kann auch Objekte umfassen, die Eigentum Dritter sind, sich aber zur Zeit der Konkurseröffnung im Gewahrsam des Gemeinschuldners befinden (3). Gemäss Art. 242 Abs. 1 SchKG verfügt die Konkursverwaltung über die Herausgabe von Sachen, welche von Dritten als Eigentum angesprochen werden. Befindet die Verwaltung, dass das vom Dritten herausverlangte Objekt nicht Teil des Konkurssubstrates und deshalb nicht in die konkursamtliche Liquidation einzubeziehen sei, so wird es aus der Masse ausgeschieden und dem Eigentümer zu Verfügung gestellt. Hält die Konkursverwaltung den Anspruch des Dritten jedoch für unbegründet, so setzt sie ihm gemäss Art. 242 Abs. 2 SchKG Frist zur Anhebung einer Klage auf Aussonderung. Verfahren und Wirkung entsprechen dem Widerspruchsverfahren gemäss Art. 106 f. in der Spezialexécution (4, 5).

-
- 1) Blumenstein, 495, 786; Jaeger, N 4 zu Art. 250; Fritzsche, II 151; Favre, 339; Furrer, 149; BGE 33 II 655, 71 III 197.
 - 2) Vgl. Art. 197 Abs. 1 SchKG.
 - 3) Vgl. Art. 221 SchKG in Verbindung mit Art. 225 SchKG.
 - 4) Vgl. vorne, 79 ff.
 - 5) Die wenigen Unterschiede zwischen dem Widerspruchsverfahren als solchem in der Spezial- und dem in der Generalexekution sind formellrechtlicher Natur und berühren das Wesen der Klagen nicht. (Auch die für die Anwendbarkeit des Verfahrens gemäss Art. 242 SchKG vorgesehene Parteirollenverteilung spielt keine Rolle: Es kommt nicht darauf an, ob die Konkursverwaltung den betreffenden Anspruch direkt geltend macht oder ob er gemäss Art. 260 SchKG einem Gläubiger abgetreten wurde. Vgl. Blumenstein, 766.) Unterschiede ergeben sich daraus, dass das Freigabeverfahren nach

Jaeger (1) sieht in der Aussonderungsklage eine eigentliche materiell-rechtliche Vindikationsklage (2), die auf Herausgabe des Objektes an den Kläger ziele. Das Urteil entscheide endgültig über den betreffenden Anspruch, und es werde res judicata auch dem Gemeinschuldner gegenüber geschaffen, selbst für den Fall eines nachträglichen Wider-rufs des Konkurses (3).

Blumenstein (4) dagegen ordnet die Aussonderungsklage den betreibungs-rechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Rechtsverhält-nis zu; es werde festgestellt, ob der vom Dritten herausverlangte Ge-genstand als Konkurssubstrat zu dienen habe oder nicht. Im Vergleich zur betreibungsrechtlichen Wirkung spiele die Frage nach dem mate-riellen Rechte nur eine dienende Rolle.

In der Tat fordert die Konkursverwaltung den Dritten nicht deshalb zur Klage auf, damit in irgendeiner Phase der Zwangsvollstreckung ab-schliessend über materiellrechtliche Ansprüche entschieden werde, son-dern um an die Feststellung eines materiellrechtlichen Verhältnisses vollstreckungsrechtliche Konsequenzen zu knüpfen. Die Konkursverwal-tung ist lediglich an der Feststellung des Umfanges des Konkurssubstrates, das unter die Gläubiger zu verteilen ist, interessiert und damit nur akzidentiell am Eigentumsrecht des Dritten. Ihm geht es nicht in

Art. 242 SchKG einfacher als das nach Art. 106 f. SchKG geordnet ist. Gemäss Art. 242 SchKG kann nämlich die Konkursverwaltung den Anspruch des Dritten für begründet halten und ihm die Sache ohne weitere Abklärungen eben herausgeben (argumentum e con-trario aus Art. 242 Abs. 2 SchKG).

- 1) N 6 zu Art. 242; Weber/Brüstli/Reichel, N 4 zu Art. 242; Schur-ter/Fritzsche, 472; Strebel, 73; BGE 31 II 139, 49 III 239.
- 2) Vgl. Art. 641 ZGB.
- 3) Jaeger, N 8 l. c., ist aber nicht konsequent genug, um nach Ver-wirkung der Frist gemäss Art. 242 SchKG das Vindikationsrecht unwiderruflich untergehen zu lassen.
- 4) 763, 768; gleicher Ansicht auch Zimmermann, 147; Berger, 103; Fritzsche, II 140; Favre, 329.

erster Linie um Herausgabe, sondern um Ausscheidung des Objektes aus dem Konkursbeschlagnahme (1), damit es nicht zu Gunsten von Gläubigern verwertet werde. Das Schwergewicht der Klage liegt folglich auf der betriebsrechtlichen Seite mit einer blossen Reflexwirkung auf das materielle Recht.

b) Gerichtsstand

Das SchKG nennt den Gerichtsstand nicht. Angesichts der betriebsrechtlichen Natur der Aussonderungsklage und der Tatsache, dass die Konkursverwaltung Beklagte ist, befürwortet die überwiegende Mehrheit der Lehre den Gerichtsstand am Konkursort (2); dies auch dann, wenn die Klage Immobilien betrifft (3).

c) Prorogation

Da der Gerichtsstand der Klage nicht bundesrechtlich geregelt ist, sind die Kantone kompetent, über Prorogation des Gerichtsstandes der Aus-

-
- 1) Die Gegenstände können sich mit Zustimmung des Eigentümers beim Schuldner befinden, z. B. dann, wenn sie jener bei diesem hinterlegt hat. Fällt der Ablauf des Hinterlegungsvertrages mit der Konkursöffnung zufälligerweise oder vereinbarungsgemäss zusammen, so wird der Eigentümer wohl an Herausgabe der Gegenstände interessiert sein. Anders, wenn der Vertrag andauert. In diesem Falle dürfte der Eigentümer die Obligation aufrechterhalten und die Sachen weiterhin beim Schuldner belassen wollen, falls sie nur aus der Konkursmasse ausgeschieden sind und keine Gefahr besteht, dass sie verwertet werden können. Herausgabe kann, muss aber nicht zwangsläufige Folge der Aussonderung sein. Sie ist demnach nicht notwendiges Erfordernis der Klage.
 - 2) Blumenstein, 768; Jaeger, N 6 zu Art. 242; Fritzsche, II 139; Favre, 329; BlSchK 22 (1958) 112. A. A. Weber/Brüstlein/Reichel, N 4 zu Art. 242.
 - 3) Fritzsche, II 139 Anm. 208, empfiehlt in diesem Falle dem vorsichtigen Kläger, gleichzeitig am Konkursort und am forum rei sitae Klage zu erheben.

sonderungsklage zu befinden. Die Mehrheit der Lehre hält aber dafür, dass die Klage immer am Konkursorte anzubringen sei (1).

G. Klage des Abtretungsgläubigers

a) Inhalt

Gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG (2) ist jeder Gläubiger berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet. An Stelle der Konkursmasse, die beispielsweise keine Mittel zur Durchführung des zur Wahrung eines Anspruches möglicherweise notwendigen Prozesses besitzt, übernimmt somit ein Gläubiger oder übernehmen mehrere die Verfolgung der strittigen Ansprüche. Gelingt dem Abtretungsgläubiger die Eintreibung der Forderung, so dient das Ergebnis nach Abzug seiner Kosten bis zur vollen Deckung seiner eigenen Forderung gegenüber dem Gemeinschuldner, soweit er einen anerkannten Anspruch gemäss Kollokationsplan besitzt. Ein Ueberschuss ist gemäss Art. 260 Abs. 2 SchKG letzter Satz der Masse abzuliefern. Bei der Abtretung gemäss SchKG handelt es sich nämlich nicht um eine privatrechtliche im Sinne des OR (3), nach dem eine Forderung vollständig auf den Erwerber übergeht, sondern sie bildet ein Institut der Verwertung. Der Gläubiger ist bloss Eintreibungsorgan der Konkursmasse. Zwar handelt er auf eigene Kosten und Gefahr, aber im Namen und letztlich zu Gunsten der Konkursmasse (4). Daraus folgt für ihn die Pflicht, den ihm abgetretenen Anspruch tatsächlich zu realisieren. Unternimmt der Ab-

1) Vgl. vorne, 100 Anm. 2.

2) Vgl. auch Art. 131 Abs. 2 und Art. 269 Abs. 3 SchKG.

3) Art. 164 ff., Zession.

4) Blumenstein, 807; Jaeger, N 3 zu Art. 260; Flachsmann, 7; Walder, Probleme 65; Fritzsche, II 168; Favre, 347; BGE 61 III 3. 62 I 215, 102 III 30. Der Gläubiger ist fiduziarischer Zessionar.

tretungsgläubiger aber nichts zur Verfolgung des Anspruches – etwa weil sich nach eingehender Abklärung der Verhältnisse herausstellt, dass der Anspruch unbegründet oder der Drittschuldner selbst insolvent ist –, so kann sich die Konkursverwaltung vorbehalten, dass der Anspruch wieder an sie zurückfällt; dann könnte sie anderweitig darüber verfügen. Die Forderung bleibt eben der Masse erhalten, weshalb die Abtretung bei Widerruf oder Einstellung des Konkurses von selbst dahinfällt.

b) Gerichtsstand

Das SchKG normiert den Gerichtsstand der Abtretungsklage nicht. Er bestimmt sich daher entsprechend dem Rechtsverhältnis zwischen Abtretungsgläubiger oder Gemeinschuldner auf der einen und dem Drittschuldner auf der andern Seite.

Die geltende Ordnung befriedigt jedoch nicht (1). Angesichts der Tatsachen, dass die Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG ein Institut der Verwertung darstellt (2), mehrere Gläubiger eine notwendige Streitgenossenschaft bilden (3), die Gläubiger im Namen der Konkursmasse handeln und nach Abschluss des Prozesses einen allfälligen Ueberschuss an die Masse abzuliefern haben, der Drittschuldner nur solche Einreden erheben kann, die ihm der Konkursmasse als der Vertretung des Gemeinschuldners gegenüber zustehen, und Begehren, nach denen eine speziell eingesetzte Verwaltung das Vorge-

-
- 1) "Die Tatsache, dass Rechte der Konkursmasse geltend gemacht werden, dass aber Verfechter dieser Rechte Dritte, nämlich Gläubiger des Gemeinschuldners sind, und dass diese Verfechter primär in den Genuss des Ergebnisses gelangen sollen, führt fast notwendigerweise zu formellrechtlichen Auseinandersetzungen nicht nur zwischen den Abtretungsgläubigern und dem Massaschuldner, sondern auch zwischen mehreren Abtretungsgläubigern unter sich", Walder, l. c. 66.
 - 2) Vgl. Blumenstein, 799.
 - 3) Vgl. Guldener, ZPR 297.

hen der Gläubiger koordinieren und überwachen sollte, laut geworden sind (1), drängt sich der Gerichtsstand am Konkursorte förmlich auf. Dies insbesondere auch damit verhindert werden kann, dass ein Abtretungsgläubiger, der nur auf seinen persönlichen Vorteil bedacht ist, versuchte, die ihm und allenfalls noch andern abgetretene Forderung ohne Rücksicht auf die Masse oder auf Mit-Abtretungsgläubiger auf eigene Faust zu realisieren.

Der Gerichtsstand des Konkursortes wäre m.E. die praktischste Lösung. Sie kollidiert aber mit der Gerichtsstandsgarantie, denn es berührt den beklagten Drittschuldner ja nicht, ob die Klage von seinem Gläubiger, bevor dieser in Konkurs gefallen war, von der Konkursverwaltung oder von einem Abtretungsgläubiger ausgeht. Immer bleibt er Beklagter, und es wäre stossend, wenn er seinen verfassungsmässigen Richter verlöre, nur weil sein Gläubiger in Konkurs gefallen ist. Aber weil die Forderungsabtretung nichts anderes als Verwertung des Konkurssubstrates unter intensiver Mitwirkung der Gläubiger des Gemeinschuldners will, wäre der Gerichtsstand am Konkursorte jedenfalls aus der Sicht der Zwangsvollstreckung der beste.

c) Prorogation

Da die Kantone den Gerichtsstand ordnen, können sie auch über die Zulässigkeit der Prorogation legisferieren.

H. Klage auf Rückbringung heimlich oder gewaltsam fortgeschaffter Retentionsgegenstände

a) Inhalt

In der Betreibung auf Pfandverwertung sind die Gegenstände des Schuldners, die zu Gunsten der Gläubiger verwertet werden sollen, schon

1) Vgl. Walder, l.c. 73 f.

durch eine vor und ausserhalb der Zwangsvollstreckung liegende, rechtlich relevante Tatsache – nämlich durch Pfandbestellung – bestimmt worden. Das Betreibungsverfahren wird deshalb um das Pfändungsstadium gekürzt und vereinfacht. Aber auch zur Sicherung von Mietzinsforderungen sind die Objekte, an die der Vermieter sich bei Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit des Mieters halten kann, schon zum voraus bestimmt. Es sind die im Mietobjekt befindlichen beweglichen Sachen, die zur Befriedigung des Vermieters dienen und an denen dieser deshalb ein Retentionsrecht besitzt (1). Werden retinierte Gegenstände heimlich oder gewaltsam fortgeschafft, so können sie gemäss Art. 284 SchKG in den ersten zehn Tagen nach der Fortschaffung mit Hilfe von Polizeigewalt in die vermieteten oder verpachteten Räumlichkeiten zurückgebracht werden.

Der Rückschaffung dürfen aber keine Rechte gutgläubiger Dritter entgegenstehen. Dies hält Art. 284 SchKG ausdrücklich fest (2). In streitigen Fällen entscheidet der Richter. Kläger ist der Vermieter, also der Zins-Gläubiger, Beklagter der Schuldner, der sich der Retention widersetzt, oder der Dritte, der eigene Rechte am Objekt geltend macht (3). Während das OR materielle Probleme des Retentionsrechtes regelt, die sich auf Entstehung, Umfang, Wirkung etc. beziehen, bestimmt das Zwangsvollstreckungsrecht Geltendmachung und Verwirklichung des Retentionsrechtes. Die Klage auf Rückschaffung heimlich oder gewaltsam fortgeschaffter Retentionsgegenstände ist daher eine betreibungsrechtliche mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse (4). Der Streit dreht sich, wenn Beklagter ein Dritter ist, nicht nur um die

-
- 1) Vgl. Art. 272 ff. OR. Diese Vorschriften gelten gemäss Art. 286 Abs. 3 OR auch für Pachtverhältnisse.
 - 2) Vgl. BGE 101 II 97 Erw. 3.
 - 3) Fritzsche, II 266; Walder, Tafel 41. A. A. Blumenstein, 543, nach dem Kläger derjenige ist, der sich der getroffenen Verfügung – Retention – widersetzen will, also entweder der Schuldner oder der Dritte, Beklagter der Gläubiger.
 - 4) Vgl. Blumenstein, 110, 120 und 541.

Frage, ob das von letzterem behauptete materielle Recht bestehe, oder, wenn der Schuldner Beklagter ist, ob beispielsweise die Wegnahme heimlich erfolgt sei, sondern im wesentlichen darum, ob der Gegenstand in die Retention einbezogen und später verwertet werden könne oder nicht (1). Der Dritte ist denn auch nicht auf die Einrede der Gutgläubigkeit beschränkt, sondern er vermag zur Wahrung seiner Rechte am strittigen Objekte das Vorhandensein grundsätzlich aller Voraussetzungen, von denen die Ansprüche des Gegners abhängen, anzufechten (2). Er kann deshalb auch die Einreden vorbringen, die dem Schuldner zustehen (3).

Dringt der Vermieter durch, so werden die Objekte retiniert und, falls der Gläubiger noch kein Retentionsverzeichnis besitzt, das die von ihm in Anspruch genommenen Pfänder bezeichnet, wird ein solches aufgenommen (4). Damit ist das Retentionsrecht zukünftig gesichert (5). Besass der Gläubiger aber schon vor der Wegschaffung ein Verzeichnis, so bleibt bloss die praktische Wirkung des Retentionsverzeichnisses durch Rückschaffung der Gegenstände erhalten (6).

Gemäss Art. 283 Abs. 3 SchKG setzt das Betreibungsamt dem Gläubiger nach Aufnahme des Retentionsverzeichnisses eine Frist zur Anhebung

-
- 1) Nicht in diesen Prozess nach Art. 284 SchKG gehört ein Streit um die Rechtsgültigkeit des Retentionsrechtes und der ihm zu Grunde liegenden Forderung. Mit Rechtsvorschlag wird eine in Betreibung gesetzte Forderung bestritten, worauf der Gläubiger bei Fehlen eines Rechtsöffnungstitels auf Anerkennung gemäss Art. 79 SchKG zu klagen hat.
 - 2) Vgl. BGE 70 II 227.
 - 3) Z. B. kann der Beklagte geltend machen, die Frist sei abgelaufen oder die vom Vermieter beanspruchten Objekte unterständen keinesfalls dem Retentionsrechte des Gläubigers. Vgl. betreffend Einreden des Schuldners Walder, Tafel 41.
 - 4) Jaeger, N 6 zu Art. 284; Fritzsche, II 263.
 - 5) Vgl. BGE 97 III 80, 104 III 26.
 - 6) Es handelt sich demnach um eine Ergänzung von Art. 283 Abs. 3 SchKG. Vgl. Blumenstein, 541.

der Betreibung auf Pfandverwertung. Wird deshalb mittels Klage auf Rückbringung heimlich oder gewaltsam fortgeschaffter Retentionsgegenstände ein schon bestehendes Retentionsverzeichnis verstärkt oder überhaupt erst begründet, so führt die Klage immer zu Sicherung des Pfändungssubstrates oder zusätzlich zur Einleitung der Zwangsvollstreckung. Diese enge Verbindung der Klage mit einer Betreibung macht den betreibungsrechtlichen Charakter des Streites deutlich (1).

b) Gerichtsstand

Die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ist den Kantonen überlassen. Sehen diese keine besonderen Fora vor, so gelten die üblichen Zuständigkeitsvorschriften.

Das Bundesgericht hat sich noch nie zur Frage des Gerichtsstandes der Klage nach Art. 284 SchKG äussern müssen. Dagegen hat es bestimmt, dass für Rückschaffung von Retentionsgegenständen das Betreibungsamt am Orte der vermieteten Liegenschaft zuständig (2) und dass der Ort der Betreibung auf Verwertung von Retentionsgegenständen dort zu suchen sei, wo sich die Mieträumlichkeiten befinden. Das Recht des Art. 51 Abs. 1 SchKG, wonach der Gläubiger zwischen Betreibung entweder am Wohnsitz des Schuldners wählen könne oder aber am Orte, wo sich das Pfand – hier der Retentionsgegenstand – oder dessen wertvollster Teil befindet, spiele nicht (3). Daraus ergibt sich, dass auch für die Klage gemäss Art. 284 SchKG der Gerichtsstand des Betreibungsortes zweifellos der geeignetste wäre (4).

-
- 1) Blumenstein ist keineswegs Anhänger der materiellrechtlichen Theorie, wie Brand (Nr. 1174, 12 Anm. 235) vermuten lässt. Nach dem alten OG (Art. 63 Ziff. 4) konnten auch gewisse betreibungsrechtliche Streitigkeiten – u. a. die Klage nach Art. 284 SchKG – auf dem Wege der Berufung dem Bundesgerichte vorgelegt werden.
 - 2) Vgl. BGE 52 III 36 f. Erw. 2.
 - 3) Vgl. BGE 52 III 39.
 - 4) Blumenstein, 113 f., Haab, Vereinfachung 273a, und Favre, 262, (dieser aber nur für die Streitigkeiten zwischen Gläubiger und Schuld-

c) Prorogation

Diejenigen kantonalen Zivilprozessordnungen, die die Gerichte am Betreibungsorte als örtlich zuständig bestimmen, lehnen in aller Regel Prorogation ab (1). Gelten aber die gewöhnlichen Zuständigkeitsvorschriften, so sind die allgemeinen Normen über Prorogation heranzuziehen.

I. Anfechtungsklagen

a) Inhalt

Das Institut der Anfechtung nach SchKG ist ein Sicherungsmittel. Es zielt auf Rückführung von Vermögensbestandteilen unter das Beschlagsrecht der Gläubiger, die der Schuldner durch an sich rechtsgültige Akte ausgeschieden hat, damit auch diese Werte in die Vollstreckung einbezogen und die Gläubiger möglichst weitgehend befriedigt werden können (2). Häufig versuchen nämlich vor dem finanziellen Ruin stehende Schuldner, für sich oder von ihnen bevorzugte Dritte noch vorhandene Vermögenswerte vor dem Zugriff der Gläubiger zu retten (3). Einer solchen Schmälerung des Substrates können die Gläubiger mittels Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG (Pauliana) begegnen. Dem Gläubiger soll jener Vermögensstand zur Befriedigung dienen, wie ihn der Schuldner vor der anfechtbaren Handlung besass (4).

ner) ziehen aus praktischen Gründen den Gerichtsstand des Betreibungsortes vor.

- 1) Vgl. hinten, 131.
- 2) Vgl. Art. 82 VVG, der ausdrücklich festhält, dass gegenüber den Bestimmungen des VVG über die Versicherung zugunsten Dritter die Vorschriften des Art. 285 ff. SchKG vorbehalten werden. Unter "Dritte" fallen auch Ehegatte und Nachkommen des Schuldners, vgl. Koenig, 446.
- 3) "Ausverkauf der - späteren - Masse", Schönke/Baur, 324.
- 4) Vgl. Favre, 334 f. Vgl. auch BGE 101 III 94 Erw. 4a.

Weil durch die anfechtbare Verfügung des Schuldners über Vermögenswerte der Dritte zwar zivilrechtlich Eigentümer wird, unter dem Gesichtspunkte des Betreibungs- oder Konkursverfahrens aber ungerecht bereichert oder wenigstens gegenüber dem Gläubiger bevorteilt ist, richtet sich die Anfechtungsklage der Art. 285 ff. SchKG gegen ihn. Er – und nicht etwa der verfügende Schuldner – ist passivlegitimiert.

Bezweckt die Anfechtungsklage die Rückführung von durch anfechtbare Handlungen (1) dem Vermögen des Schuldners entfremdeten Gegenständen in das Betreibungs- oder Konkurssubstrat, um sie der Zwangsvollstreckung wieder zugänglich zu machen (2), so ist ihr Ziel immer betriebsrechtlich (3). Die Klage gehört deshalb zu den betriebsrechtlichen Streitigkeiten; allerdings zu jenen mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse (4), weil bei Beurteilung der Frage, ob der Vermögensbestandteil eines Dritten mit dem Beschlagsrecht der Gläubiger belastet werden könne, bestimmte materiellrechtliche Verhältnisse (5) berücksichtigt werden müssen. Durch die erfolgreiche Anfechtungsklage wird der entfremdete Vermögensteil in den Betreibungs- oder Konkursbeschlagnahme zurückgeführt, und die angefochtene Verfügung des Schuldners wird aufgehoben.

Die betriebsrechtliche Natur der Anfechtungsklage ergibt sich auch daraus, dass wegen einer erfolgreichen Anfechtung keine Ungültigkeit

-
- 1) Der Gesetzgeber unterteilte die Tatbestände in Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG), Begünstigungs- oder Ueberschuldungspauliana (Art. 287 SchKG) oder in Betrugs- oder Deliktspauliana (Art. 289 SchKG).
 - 2) Vgl. BGE 98 III 46.
 - 3) Vgl. Blumenstein, 855.
 - 4) Vgl. Blumenstein, 857; Haab, Vereinfachungen 274a; Berger, 155.
 - 5) Den Gerichten wird eine Frage des materiellen Rechtes unterbreitet, nämlich ob die Gläubiger zu ihrer Befriedigung auf Vermögenswerte greifen dürfen, die der Schuldner unter bestimmten, in Art. 286 ff. SchKG aufgezeichneten Umständen aus seinem Vermögen ausgeschieden hat.

des gesamten Rechtsgeschäftes eintritt. Dies deshalb, weil die Anfechtung eben nur einen Kompromiss darstellt. Das Gesetz hat nämlich mit dem Institut der Paulianischen Anfechtung zwei entgegengesetzte Bedürfnisse zu befriedigen: Einerseits muss das Schutzbedürfnis der Gläubiger, die durch die anfechtbare Rechtshandlung in ihren Exekutionsrechten geschädigt worden sind, berücksichtigt werden; andererseits aber sind – angesichts des Gebotes der Verkehrssicherheit – Verfügungen eines dispositionsfähigen Rechtssubjektes, hier des Schuldners, im Interesse seiner Geschäftsgenossen, insbesondere der gutgläubigen, aufrechtzuhalten (1). Als Resultat ergibt sich, dass mit der Anfechtung nach SchKG nur, aber immerhin, die Verwertungsmasse unvermindert den Gläubigern erhalten bleiben soll. Da die Gläubiger aber lediglich an der Deckung ihrer Forderungen und nicht an einem die Vertragsfreiheit sabotierenden Einbruch in das Vertragsrecht interessiert sind, ist es nicht nötig, dass die vermögensverkürzende Handlung des Schuldners entsprechend der zivilrechtlichen Anfechtung als völlig null und nichtig erklärt und der frühere Zustand integral wieder hergestellt wird. Bleibt nämlich nach Verwertung des in die Masse zurückgeführten Vermögens ein Ueberschuss, so steht er dem Partner zu, mit dem der Schuldner das angefochtene Rechtsgeschäft geschlossen hat.

Eine strikte Ungültigkeit (2) würde über das betreibungsrechtliche Ziel hinausschiessen. Auch in ihrer abgeschwächten Form der relativen Nichtigkeit (3), die lediglich dem Anfechtungskläger einen Anspruch auf

-
- 1) Vgl. Ernst Jaeger, Gläubigeranfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens (2. A. Berlin 1938) 95.
 - 2) Gemäss Art. 285 Abs. 1 SchKG bezweckt die Anfechtungsklage, die in Art. 286-288 erwähnten Rechtshandlungen ungültig erklären zu lassen. Nach einhelliger Lehre und Praxis wird dieser Artikel jedoch von Art. 291 Abs. 1 SchKG abgeschwächt und relativiert, wonach derjenige, der durch eine anfechtbare Rechtshandlung Vermögen des Schuldners erworben hat, zur Rückgabe desselben verpflichtet ist. Vgl. Fritzsche, II 275f., und Brand, Anfechtung 254ff. Nach Berz, 22, ist der Art. 285 Abs. 1 SchKG denn auch zu "einer toten Norm geworden".
 - 3) BGE 26 II 214. Weber/Brüstlein/Reichel, N 7 zu Art. 285, N 2 zu Art. 291.

Rückgabe und Verwertung der durch die anfechtbare Handlung veräusser-ten Vermögensbestandteile verschaffen soll, geht sie zu weit. Der Gläu-biger verlangt nur, dass er nicht durch Reduktion des Exekutionssub-strates benachteiligt werde (1). Darin erschöpft sich das Ziel der Pau-lianischen Anfechtung. Zwar folgt auf den Zugriff der Gläubiger Rück-leistung des veräusserten Vermögensbestandteiles und Ueberführung in die Masse zwecks betreibungsrechtlicher Inanspruchnahme. Der Dritte muss dulden, dass das ihm durch den Schuldner übereignete Vermögen zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung zwangsvollstreckt wird, wie auch der unterlegene Beklagte im Widerspruchsprozesse gemäss Art. 109 SchKG dulden muss, dass seine Sache dem Exekutionssubstrat einver-leibt wird. Wird der Gegenstand aber nicht oder nur teilweise verwer-tet, so muss der Schuldner die Sache oder das, was von ihr übrig ge-blieben ist, dem Anfechtungsbeklagten zurückerstatten (2). Die Sache gehört nicht etwa dem Schuldner, sondern sie verbleibt dem Dritten. Jener hat keinen Anspruch darauf, denn das angefochtene Grundgeschäft ist ja nicht völlig nichtig geworden. Gleich, wenn die Betreibung einge-stellt wird: Die umstrittene und aus dem Vermögen des Dritten heraus-gelöste Sache wird diesem wieder zur Verfügung gestellt.

Die überwiegende Lehre sieht allerdings im Anfechtungsrecht nach SchKG einen schuldrechtlichen Anspruch auf Restitution und somit ei-nen privat- und nicht betreibungsrechtlichen (3). An der betreibungs-rechtlichen Theorie wird insbesondere bemängelt, sie könne nicht er-klären, aus welchem materiellen Rechtsgrunde sich der Anfechtungsbe-klagte die Zwangsvollstreckung durch die Gläubiger eines Dritten gefal-

1) Blumenstein, 868; Jaeger, N 2 zu Art. 291; Gaugler, 86; Fritzsche, II 276; Favre, 373.

2) Vgl. Blumenstein, 868.

3) Weber/Brüstlein/Reichel, N 7 zu Art. 285; Jaeger, N 1 A zu Art. 285, N 2 A zu Art. 291; Brand, Anfechtung 260 ff.; derselbe, Nr. 1175, 2; Gaugler, 98; Berz, 24; Favre, 373; Schönke/Baur, 326.

len lassen müsse (1). Die privatrechtliche Natur der Paulianischen Anfechtung ergebe sich umso mehr daraus, dass mit der Rückgewähr oft eine Leistungspflicht verbunden sei (2).

Tatsächlich wird der unterlegene Anfechtungsbeklagte oft zu einer Leistung verpflichtet. So hat er den Zugriffsgegenstand herbeizuschaffen, über dessen zwischenzeitliches Schicksal Auskunft zu geben usf. Nach Gaugler (3) bilden diese Nebenpflichten Bestandteil der Rückgewährverbindlichkeit. Er spricht aber bezeichnenderweise nur von "Nebenpflichten". Abgesehen davon, dass die Art der Nebenpflichten vom Charakter der angefochtenen Rechtshandlung und vom Veräusserungsobjekt abhängig ist (4), erscheinen diese Pflichten eben als blosser Konsequenz einer erfolgreichen Anfechtung. Sie können deshalb genauso wenig für die rechtliche Natur der Klage bestimmend sein wie die Nebenpflicht des bei der Widerspruchsklage gemäss Art. 109 SchKG Unterlegenen, der nach Feststellung, dass die in seinem Gewahrsam befindliche Sache zum Exekutionssubstrat des Schuldners gehört, diese herauszugeben hat; oder die Nebenpflicht des Konkursiten bei der Klage auf Feststellung neuen Vermögens gemäss Art. 265 SchKG, wonach er Auskunft über sein Vermögen erteilen muss. Der Grund, warum die Anfechtungsbeklagten Vermögensbestandteile herausgeben müssen, liegt eben darin, dass – *relata refero* – die Gläubiger nicht durch Verminderung des Exekutionssubstrates geschädigt werden und dass, als Korrelat dazu, ausgeschiedene Werte wieder zur Masse gehören sollen (5), soweit sie zur Befriedigung der Gläubiger notwendig sind.

-
- 1) Vgl. Gaugler, 199.
 - 2) Gemäss BGE 36 II 145 ist alles zu unternehmen, um jenen Zustand zu erreichen, der existierte, wäre die Rechtshandlung nicht geschehen.
 - 3) 98 Anm. 2.
 - 4) Beispiele bei Jaeger, N 2 B zu Art. 291.
 - 5) Erfüllt der angefochtene Rechtsakt sowohl die Merkmale der Anfechtbarkeit nach Art. 285 ff. SchKG als der unerlaubten Handlung nach Art. 41 OR, so stehen dem Kläger zwei konkurrierende Ansprüche zu, die selbständig durchgesetzt werden können und nur insoweit von einander abhängen, als der Gläubiger durch ihre Kumulation nicht mehr

Damit erweist sich die Paulianische Anfechtung als Inzidenz der Betreibung (1).

b) Gerichtsstand

Das SchKG regelt die örtliche Zuständigkeit nicht. Im Hinblick darauf und gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Paulianische Anfechtungsklage ein persönliches Forderungsrecht darstellt (2), sind die Kantone für die Gerichtsstandsordnung kompetent (3), was praktisch darauf hinausläuft, dass der verfassungsmässige Richter des Beklagten zuständig ist. Ausnahmsweise bestimmt das SchKG aber das Forum dann, wenn mit der Paulianischen Anfechtung nicht die Aktiv-

als seinen wirklichen Schaden ersetzt erhalten darf. Vgl. BGE 44 III 202 f. Erw. 1.

- 1) Berger, 155, schlägt, um den betreibungsrechtlichen Charakter der Anfechtungsklage hervorzuheben, dem Gläubiger vor, sein Rechtsbegehren so zu formulieren, dass seinem Beschlagsrecht auch die in anfechtbarer Weise aus dem Vermögen des Schuldners in dasjenige eines Dritten übergegangenen Vermögenswerte zu unterliegen bzw. dass die Erwerber der anfechtbaren Vermögenswerte die Zwangsvollstreckung in diese Gegenstände zu Gunsten der Gläubiger zu dulden haben. Auf diese Weise werde der Begriff der Rückgewähr im Klageschluss vermieden und damit die Gefahr, dass die Rückgewährpflicht als Hauptgegenstand der Klage und der Streit als ein materiellrechtlicher betrachtet werde. M. E. ist jedoch diese Basis, nach der die rechtliche Natur der Klage allein vom Klageschluss abhängen soll, zu schmal, kann doch der Schluss mehr oder weniger treffend formuliert sein, weshalb die rechtliche Natur der Klage letztlich vom Geschick des Klägers beeinflusst würde. – Gemäss SJZ 36 (1939/40) 258 f., Erw. III., ist ein Begehren genügend substantiiert, wenn nur verlangt wird, ein bestimmtes Rechtsgeschäft sei als anfechtbar zu bezeichnen. In einem solchen Begehren ist nämlich das weitere Ziel, Unterstellung des aus dem anfechtbaren Rechtsgeschäft Erworbenen unter die Zwangsvollstreckung zu Gunsten des Anfechtungsklägers, bereits enthalten. Vgl. auch Jaeger/Daeniker, N 1 B zu Art. 285.
- 2) BGE 50 I 385, 51 I 199; SJZ 26 (1929/30) 48; ZBJV 72 (1935) 739.
- 3) Für den Gerichtsstand am Betreibungsorte halten Blumenstein, 858, und Haab, Vereinfachungen 274 a.

masse ergänzt, sondern die Passivmasse bereinigt werden soll. In solchen Fällen wird die Anfechtung im Kollokationsprozess erörtert, und es gilt der besondere Gerichtsstand gemäss Art. 148 und 250 SchKG zwingend am Betreibungs- oder Konkursorte (1). Neben dem allgemeinen Gerichtsstand ist das *forum delicti commissi* für die auf Art. 288 SchKG gestützte Anfechtungsklage zuzulassen, wenigstens für jene Fälle, in denen die anfechtbare Rechtshandlung zugleich den Tatbestand einer unter Mithilfe des Begünstigten begangenen strafbaren Handlung erfüllt (2).

c) Prorogation

Da der Gerichtsstand nicht von Bundesrechts wegen geordnet ist, entscheiden die kantonalen Zivilprozessordnungen, ob Prorogation zulässig sei oder nicht.

II. Gerichtsstand insbesondere

a) Erfordernis der Einheitlichkeit

Für einen grossen Teil der betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse sind die Gerichtsstände nicht einheitlich durch den Bund, sondern in einer Vielfalt verschiedener Lösungen durch die Kantone geregelt (3). Dies deshalb, weil die Klagen, die – vorfrageweise – materiellrechtliche Verhältnisse beschlagen, nicht mehr ganz unter die reinen SchKG-Streitigkeiten fallen und darum der allgemeinen Kompetenzausscheidung des Art. 64 BV gemäss von den kantonalen Zivilprozessordnungen erfasst werden, soweit nicht

1) Brand, Anfechtung 222; Gaugler, 231; Fritzsche, II 291.

2) Brand, Nr. 1175, 8; SJZ 26 (1929/30) 48.

3) Ausgenommen sind Lastenbereinigungsklage gemäss Art. 39 VZG (vorne, 92f.) und Kollokationsklage gemäss Art. 148 und 250 SchKG (vorne, 95 ff.), deren Gerichtsstand das VZG bzw. das SchKG normiert.

Bundesrecht ausdrücklich eigene, für alle Kantone verbindliche Gerichtsstandsvorschriften enthält (1). Damit steht den Kantonen Tür und Tor offen, welchen Gerichten sie die erwähnten Klagen zuweisen wollen. Diese Freiheit nützen sie weidlich aus (2), und die Gerichtsstände der betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung finden sich nun eben "dort, wo sie die kantonalen Zivilprozessordnungen gerade hinwehen" (3).

Dieses Durcheinander der kantonal geregelten Fora ist Resultat der Mannigfaltigkeit der Prozessordnungen, mit der man sich als einem Ausfluss kantonaler Autonomie abzufinden hat, und sie ist nicht weiter überraschend. Stossend und höchst unbefriedigend bleibt die Situation dennoch, wenn Klagen mit Reflexwirkung, die doch – wie vorstehend darzustellen versucht wurde (4) – Bestandteil des Betreibungsverfahrens sind, ihre Gerichtsstandsordnung nicht im SchKG, sondern in den kantonalen Zivilprozessordnungen finden. Dies umso mehr, als die in das materielle Recht hinübergreifenden Einflüsse ja nur ein unvermeidliches Neben-Ergebnis der Tatsache sind, dass die Einrichtung des SchKG zwischen dem formellen und dem materiellen Rechte steht. Das Schwergewicht der besagten Streitigkeiten liegt jedoch eindeutig im Bereiche des Betreibungsrechtes, und die Wirkung auf das materielle Recht ist nicht beabsichtigt; sie tritt aber notwendig als Nebenprodukt ein. Diese Klagen werden nur im Zusammenhange mit einer Zwangsvollstreckung angehoben, weshalb der Prozess seinem Wesen und Zweck-

-
- 1) Vgl. vorne, 11ff.
 - 2) Vgl. Haab, Revision 319. Für die Widerspruchsklage beispielsweise "wurden so ziemlich alle Möglichkeiten erschöpft, die denkbar sind".
 - 3) Kummer, ZBJV 96 (1960) 57.
 - 4) Nicht überall mag die Beweisführung gleich überzeugend ausgefallen sein. Vielfach sind die Grenzen zwischen mehr betreibungsrechtlicher und mehr materiellrechtlicher Klage fließend. Diese Sachlage ist nicht eben erfreulich, verunmöglichen nämlich fließende Grenzen klare Kategorienbildung.

ke nach Teil des Vollstreckungsverfahrens ist. So tiefgreifend die Wirkungen für die an einem betreibungsrechtlichen Streit mit Reflexwirkung Beteiligten auch sein können, so sind diese Streitigkeiten dennoch immer nur akzessorisch. Sie teilen das Schicksal der Exekution; sie sind mit der konkreten Betreibung aufs engste verknüpft, fallen sie doch dahin, wenn die Betreibung eingestellt wird, und erlangen die Urteile in der Regel nur für die laufende Zwangsvollstreckung Rechtskraft (1).

Unter dem Gesichtspunkte der Rechtsnatur der betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung ist die zersplitterte Ordnung der kantonalen Gerichtsstände schliesslich zu bedauern und nicht zu rechtfertigen. Liegt nämlich das Schwergewicht der Klagen mit Reflexwirkung auf der betreibungsrechtlichen Seite, so müsste auf Grund von ungeschriebenen Bundesverfahrensnormen (2) im allgemeinen und ihrer rechtlichen Natur im besonderen zwingend Bundesrecht für die Normierung der Gerichtsstände gelten; gleich, wie es auch für die rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten der Fall ist, die Bestandteil der bundesrechtlichen Institution des Zwangsvollstreckungsverfahrens sind. Die Verfassung überlässt ja die Normierung der Zwangsvollstreckung ausdrücklich nicht den Kantonen, sondern sie weist die Kompetenz zu ihrer Regelung dem Bunde zu (3). Daraus sollte sich zwangsläufig ergeben, dass für alle mit der Betreibung mehr oder weniger eng verbundenen Verfahren Bundesrecht massgebend sein müsste (4).

-
- 1) M. E. darf kein Entscheid über eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung in formelle und materielle Rechtskraft erwachsen. Vgl. vorne, 83 ff.
 - 2) Vgl. vorne, 20 ff.
 - 3) Vgl. vorne, 33 ff., und Art. 64 Abs. 1 BV.
 - 4) Trotz dem betreibungsrechtlichen Charakter der Klagen mit Reflexwirkung werden bei gewissen Streitigkeiten (z. B. bei Freigabeklagen zwischen Schuldner und Drittem oder Klagen auf Rückbringung von Retentionsgegenständen zwischen Schuldner und Gläubiger) die im Zusammenhange mit diesen Klagen fraglichen materiellrechtlichen Verhältnisse endgültig bindend abgeklärt, weil meist die gleichen Beweismittel zur Offenlegung der Eigentumsverhältnisse wie in einem gewöhnlichen Feststellungsprozesse zur Verfügung stehen. Indessen bleibt es angesichts der zum Teil sehr kurzen Fristen oft

Neben der Rechtsnatur der Klagen fordert der vollstreckungsrechtliche Gesichtspunkt eine über die derzeitige Praxis hinausgehende Vereinheitlichung der Gerichtsstände. Wenn nämlich ein Verfahren Bestandteil des Betreibungsrechtes ist, so ist es in der ganzen Schweiz gleich zu handhaben (1). Die Rechtsgleichheit auf dem Gebiete der Betreibung besteht aber wegen der noch immer beträchtlichen Verschiedenartigkeit der kantonalen Prozessgesetze nach wie vor nicht. Immerhin findet aber das wachsende Interesse an einer einheitlichen Zwangsvollstreckungsordnung seinen Niederschlag wenigstens in den neueren kantonalen Zivilprozessgesetzen, die konsequent den Gerichtsstand des Betreibungsortes wählen und damit das persönliche Interesse der am Streit Beteiligten an dem ihnen zusagenden Gerichtsstande negieren (2).

Das Fehlen eines einheitlichen Gerichtsstandes gefährdet überdies die Rechtssicherheit, wenn bei einer Mehrzahl von Beklagten Richter ver-

nur bei der theoretischen Möglichkeit, sich aller Rechtsbehelfe zu bedienen; in praxi ist eine genaue Begründung wegen Zeitmangels häufig erheblich eingeschränkt. Dazu kommt, dass bei betreibungsrechtlichen Streitigkeiten, die ebenfalls materiellrechtliche Verhältnisse beschlagen, in aller Regel eine Glaubhaftmachung, die keine ernsthaften Zweifel am Bestand eines geltend gemachten Rechtes begründet, genügt (vgl. Favre, 209, und Eichenberger, Beiträge 225), während ein reiner Feststellungsprozess ein Mehreres fordert. Hier werden strikte Beweise verlangt, werden doch diese Streitigkeiten einzig zur Abklärung materiellen Rechtes angehoben. Der Parteien Antrieb und die daraus resultierende Bereitschaft, um eine Sache zu streiten, ruhen ganz woanders bei reinen Feststellungsprozessen als bei Streiten, die im SchKG ihren Ursprung finden. In jenen Streiten wird sorgfältig und umsichtig prozessiert. Daran sind die Parteien ausgeprägt interessiert, weil ein materiell und formell rechtskräftiges Urteil unausweichlich ist, bei diesen Streiten hingegen besteht immer die Möglichkeit, dass die den Streit auslösende Betreibung eingestellt - z. B. weil der wegen eines unklaren Eigentumsverhältnisses in die Zwangsvollstreckung involvierte Dritte die Gläubiger befriedigt, um nicht Verlust der strittigen Sache zu riskieren - und dass der alte Zustand, wie er vor Prozess (und vor Betreibung) geherrscht hat, wieder hergestellt wird.

- 1) Vgl. vorne, 75.
- 2) Vgl. hinten, 127 ff.

schiedener Orte zwar auf Grund der nämlichen Betreibung, jedoch in verschiedenen Prozessen zu abweichenden Ergebnissen gelangen und sich widersprechende Urteile fällen (1). Damit wird aber einer der Grundsätze des SchKG verletzt, wonach alle Gläubiger Anspruch auf gleiche Behandlung haben, soweit sie nicht durch die Art ihrer Forderung, ihre Beziehung zum Schuldner oder Raschheit ihres Handelns im Verfahren (2) privilegiert sind (3). Zwar werden selbständige Ansprüche geltend gemacht, die Klagen werden jedoch wegen einer konkreten Zwangsvollstreckung angehoben, und sie wirken sich auf eine und dieselbe Verwertungsmasse aus. Sie müssten deshalb im Hinblick auf diesen untrennbaren Sachzusammenhang zur Vermeidung unvereinbarer Entscheide notwendig in einem einheitlichen Verfahren an einem einheitlichen Gerichtsstand abgewandelt werden können.

Die Forderung nach Rechtssicherheit wird auch durch die Unkenntnis der Parteien strapaziert, die oft kaum wissen, wo sie zu prozessieren haben (und die den Gang des Verfahrens nicht erraten können). Die räumliche Abgrenzung der Gerichtszuständigkeit beeinflusst nämlich die Rechtssicherheit insofern, als die Frage, wo der Bürger sein Recht zu suchen hat, für ihn vielfach nicht weniger wichtig ist als die materielle

-
- 1) Sind in einem Betreibungsverfahren mehrere Anfechtungsklagen anhängig, so sind, je nach Wohnsitz der einzelnen Beklagten, verschiedene Richter zuständig, und es kann sich ergeben, dass den einzelnen Klagebegehren trotz einem im wesentlichen übereinstimmenden Sachverhalt keine einheitliche Beurteilung zuteil wird. So ist z. B. denkbar, dass der eine Richter die behauptete Ueberschuldung in der kritischen Zeit annimmt, der andere hingegen nicht. Vgl. Gaugler, 231, und Leuch, N 5 zu Art. 37.
 - 2) Der Faktor des raschen Handelns spielt im Konkursverfahren keine Rolle, ergeht doch an alle Gläubiger die Aufforderung, ihre Forderungen anzumelden, sobald ein Gläubiger die Eröffnung des Konkurses erreicht hat (vgl. Art. 232 SchKG).
 - 3) Daher trifft die Feststellung des Bundesgerichtes, dass die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen nicht genüge, die Garantie des Wohnsitzrichters aufzuheben (vgl. BGE 53 I 53), für das SchKG m. E. nicht zu.

richterliche Feststellung seiner Ansprüche (1). Ist das kantonale Gerichtsstandsrecht ohnehin zersplittert, so kann dieser Umstand im interkantonalen Verhältnis zu zahlreichen und langwierigen Kompetenzkonflikten führen, die dem Postulat nach zügiger Vollstreckung schlechthin zuwiderlaufen. Das Bundesgericht hilft auch nicht, diese Unsicherheit auszuräumen. Es beschränkt sich darauf, den kompetenten Kanton zu bezeichnen, wenn die Gesetze mehrerer Kantone die Zuständigkeit ihrer Gerichte in der gleichen Angelegenheit bejahen oder aber wenn sie sie verneinen. Statt dessen sollte das Bundesgericht zum vorneherein und ohne auf die Notwendigkeit zu warten, einen konkreten Kompetenzkonflikt entscheiden zu müssen, die örtliche Zuständigkeit der Gerichte regeln, sofern Bundesrecht betreffend die Abgrenzung der kantonalen Gerichtsbarkeiten verletzt wird (2).

Für ein einheitliches Forum spricht ferner die Prozessökonomie, die ein rasches Exekutionsverfahren fordert, damit der Gläubiger, der auf die vermeintliche Zahlungsfähigkeit oder Ehrlichkeit des Schuldners vertraut hatte und nun eine Betreuung anzustrengen genötigt ist, möglichst rasch befriedigt werde. Wenn die Prozesse jedoch an verschiedenen Orten geführt werden müssen, so verursacht dies störende Verzögerungen, weil der Verlauf der Exekution jedesmal bis zum Erlass der Urteile unterbrochen bleibt (3). Das Bedürfnis nach Prozessökonomie wird damit aber flagrant missachtet. Dem kritischen Beobachter mag deshalb das Zwangsvollstreckungsverfahren angesichts des für SchKG-Streitig-

1) Vgl. Schurter/Fritzsche, 454.

2) Vgl. Guldener, ZPR 66.

3) Wird in derselben Betreuung aus demselben Rechtsverhältnis ein Widerspruchsrecht an Sachen wie an Forderungen geltend gemacht, so sind die Klagen am Orte der gelegenen Sache und am Wohnorte des Drittansprechers anzuheben. Ein einheitliches Streitverhältnis wird so zugunsten eines theoretischen Postulates zerrissen, die zweckmässige Erledigung des Inzidenzstreites wird fraglich und neben der Verletzung des Grundsatzes der Prozessökonomie auch die Rechtsstellung des Drittansprechers erschwert (vgl. Wagner, 27 ff.).

keiten herrschenden Zuständigkeitswirrwars oft eher als organisierte Rechtsverweigerung erscheinen denn als Weg zur Rechtsverwirklichung (1, 2).

b) Betreuungsort

Wenn das Erfordernis einer einheitlichen Gerichtsstandsordnung bejaht wird, dann muss anschliessend die Frage gelöst werden, wo die Prozesse zu führen sind. Die Praxis und ein Teil der Lehrmeinungen betonen, dass die ein materielles Recht verteidigenden Drittpersonen zu schützen seien, auch wenn sich der Prozess in erster Linie um betreibungsrechtliche Fragen drehe. Wenn ein Dritter unversehens in ein Betreibungsverfahren, dem er fremd ist, hineingezogen werde, weil z.B. seine Eigentums- oder Pfandrechte bestritten sind, dann dürfe seine Rechtsstellung nicht durch Entzug des natürlichen Richters noch weiter verschlechtert werden; jedenfalls solange nicht, als nicht Gesetz oder zwingende sachliche Gründe es erfordern (3). Die Tatsache allein, dass es sich um eine betreibungsrechtliche Klage handle, genüge nicht ohne weiteres, dem Beklagten seinen ordentlichen Gerichtsstand zu entziehen (4).

Diese Schlussfolgerung kann nicht von der Hand gewiesen werden; sie ist in gewisser Hinsicht durchaus berechtigt. Der Dritte, der sich un-

-
- 1) Es bedeutet für den Rechtsuchenden einen schwachen Trost, wenn in den modernen kantonalen Zivilprozessordnungen ein Trend zu Vereinheitlichung und Bejahung eines ausserordentlichen Gerichtsstandes festzustellen ist, wenn er in einem der Kantone, der noch keine Angleichung kennt, betreiben und vielleicht auch streiten muss.
 - 2) Auch die hohe Zahl von Schuldbetreibungen verlangt gebieterisch ein ökonomisches Verfahren. 1978 wurden in der ganzen Schweiz 413'110 Pfändungen vollzogen. (Quelle: Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1979, herausgegeben vom Bundesamt für Statistik, Basel 1979, 531.)
 - 3) Vgl. BGE 51 I 198 Erw. 2.
 - 4) Vgl. Bachmann, Prozessrechtliche Fragen aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrechte, ZSR 20 (1901) 573; Schurter/Fritzsche, 473.

vermutet durch ein Zwangsvollstreckungsverfahren in eine Verteidigungsstellung gedrängt sieht, weil er um seine bestrittenen Rechte streiten muss, bedarf des Schutzes umso mehr, als er ja häufig nicht selbst für seine schwierige Lage verantwortlich ist. (Anders, wenn er zum Beispiel um die Ueberschuldung des Schuldners gewusst und sich dennoch vom Schuldner zu Ungunsten von Gläubigern Vermögenswerte hat geben lassen und nun paulianisch beklagt wird. Hier hat er sich bewusst und damit schuldhaft in die Beklagtenrolle manövriert.)

Es ist aber fraglich, ob der Beklagte wirklich derart leidet, dass zu seinem Schutze nicht auf den ordentlichen Richter verzichtet werden kann. Es ist nicht sicher, dass ein solcher Verzicht eine merkliche Verschlechterung der Rechtsstellung des Beklagten bedeutet (1). Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass sich seit Schaffung des SchKG, das nächstens hundertjährig wird, verschiedene Umstände gründlich geändert haben. So ist die Leistungsfähigkeit der technischen Kommunikation gewaltig verbessert worden, und die Mobilität der Bevölkerung ist sprunghaft gestiegen. Daneben haben sich die Rollen des Richters und der Parteien gewandelt und damit auch das Bild vom Prozess: Der Rechtsstreit bedeutet heute kaum mehr einen hehren Kampf, über dem der Richter unbeteiligt thront und den der Gescheitere oder Raffiniertere gewinnt, sondern eine Arbeitsgemeinschaft von Richter und Parteien, die die Wahrheit finden und den Rechtsfrieden wieder herstellen wollen (2).

Es erscheint deshalb heute nicht mehr als unbedingt die Rechte des Beklagten verkürzend und daher unzumutbar, wenn er sein Recht vor einem andern als seinem ordentlichen Richter zu suchen hat (3). Zudem entziehen Prorogation einerseits und ausserordentliche Gerichts-

1) Ansicht von Gaugler, 232.

2) Vgl. Eichenberger, Gedanken 458 f. Der Prozess ist kein "Spiel". Vgl. Schwartz, 291.

3) Vgl. auch BGE 81 III 9.

standsvorschriften andererseits, die immer häufiger Eingang in das Bundesrecht finden, je länger je mehr dem Angegriffenen sein verfassungsmässiges Forum, ohne dass deshalb mit Fug von grossem Schaden und gewichtigem Nachteil für den Beklagten gesprochen werden könnte. Endlich und wesentlichst provozieren die ausserhalb der Zwangsexekution stehenden Dritten nicht selten durch ihr unkorrektes Verhalten den Gläubiger zur Klage (1), und schützt das SchKG den Dritten ohnehin nicht konsequent und bedingungslos (2). Der Meinung, Entzug des natürlichen Richters bei betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung verkürze die Rechte des Beklagten ungebührlich und so, dass er sein Recht nur mangelhaft wahrzunehmen vermöge, kann deshalb m. E. nicht beige-pflichtet werden. Wo aber der Entzug des ordentlichen Richters doch eine Schmälerung der Rechtsstellung für den Beklagten bedeuten könnte, hat eben die Einzelfallgerechtigkeit gegenüber dem Postulate auf Rechtssicherheit, das für die Klagen mit Reflexwirkung einen ausserordentlichen Gerichtsstand fordert, zurückzutreten.

Am ordentlichen Gerichtsstande muss deshalb nicht unbedingt festgehalten werden; und man kann die verschiedensten Fora in Erwägung ziehen, um schliesslich dasjenige zu finden, das am besten in das System des SchKG passt. Angesichts der engen Verbindung zwischen Vollstrek-

-
- 1) Etwa bei der Absichtspauliana (Art. 288 SchKG), wo ein Gemeinschuldner durch Begünstigung des Dritten seine Gläubiger zu benachteiligen sucht und der Dritte einwilligt (vgl. BGE 89 III 82 ff.), oder beim Streite um Retentionsgegenstände (Art. 284 SchKG), wo derjenige, der weiss, dass seine Gegenstände Retentionsobjekte waren, die der Schuldner heimlich aus der Mietwohnung entfernt hat, nun aber auf Gutgläubigkeit beim Erwerb pocht, oder bei der Freigabeklage (Art. 107 SchKG), wo der Dritte aufs Geratewohl Forderungen erhebt, um das Betreibungsverfahren hinzuhalten.
 - 2) So stellt das Gesetz den Dritten bewusst schlechter, wenn es von vorneherein den Pfändungs- oder Konkursbeschlagnahme auch auf jene Vermögensstücke legt, die vom Dritten beansprucht werden. Der andere Weg, mit Pfändung zuzuwarten, bis Bestand oder Nichtbestand eines Drittrechtes festgestellt worden ist, hätte ohne weiteres auch offen gestanden, und er hätte den Dritten leichter und umfassender geschützt.

kungs- und Erkenntnisbehörden, die ein ein laufendes Exekutionsverfahren betreffendes Urteil zu fällen haben, drängt sich der Gerichtsstand am Betreibungs- oder Konkursorte geradezu auf. Zwar haftet diesem Forum der Nachteil an, dass Beklagte, die allenfalls unverschuldet und völlig unvorbereitet in ein Zwangsvollstreckungsverfahren hineingeraten, sich wehren müssen und sich benachteiligt fühlen, wenn sie, ohne es beeinflussen zu können, vor die Schranken eines andern als des ordentlichen Richters zu treten haben. Die Vorteile des Gerichtsstandes am Exekutionsorte wiegen jedoch diesen Nachteil bei weitem auf.

Der Richter am Exekutionsorte, der in die konkrete Zwangsvollstreckung Einsicht hat, ist nämlich am besten in der Lage, die sich aus der Betreibung ergebenden, zusätzlichen Verfahren einfach zu gestalten, zügig durchzuführen (1) und einander widersprechende Entscheidungen zu vermeiden. Dabei überblickt er dank seiner zentralen Stellung das ganze Verfahren und damit die oft undurchsichtigen Vermögensverhältnisse und zweifelhaften Geschäftsgebaren des Schuldners sowie das nicht immer schützenswerte Verhalten von Gläubigern und Dritten. Deshalb ist die örtliche Zuständigkeit anderer Gerichte, die zwar beispielsweise dem Beklagten näher ständen, die im übrigen aber in keinem engen Zusammenhange mit der Betreibung stehen, zu verwerfen.

Im weitern spricht die Rechtsnatur der betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung für den Gerichtsstand am Exekutionsorte. Ist das Forum für rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten der Betreibungs-

1) Der Dritte, der Eigentum an Sachen, die sich im Gewahrsam des betriebenen Schuldners, aber in verschiedenen Betreibungskreisen befinden, geltend macht, muss in jedem Kreise die Freigabeklage gemäss Art. 107 SchKG erheben, soweit die Klage auf Feststellung des klägerischen Eigentums an dem im betreffenden Kreise liegenden gepfändeten Gegenstand lautet und die betreffende kantonale Zivilprozessordnung kein spezielles Forum für die Widerspruchsklagen vorsieht (vgl. VJS 1934, 49). In der gleichen Betreibung muss also der gleiche Gläubiger mehrere Gerichte anrufen, und mehrere Gerichte müssen nebeneinander parallel mehrere Prozesse durchexerzieren.

ort (1), dann müssten auch die Klagen mit Reflexwirkung auf materiell-rechtliche Verhältnisse von Bundesrechts wegen am Betreibungsorte aufgehoben werden, nachdem gezeigt worden ist, dass bei diesen Klagen die betreibungsrechtlichen Komponenten überwiegen, der Ursprung bei der Arten ausschliesslich im Betreibungsverfahren liegt und dass sie auch nur für dieses wirken.

Schliesslich gebieten Zweckmässigkeitsgründe die Behandlung von Klagen mit Reflexwirkung am Betreibungsorte. Ist dieser nämlich einmal gegeben (2), so bleibt er perpetuiert (3), und er soll unabhängig von Gläubigern und Dritten auch den Gerichtsstand bestimmen, weil der im Mittelpunkt des Verfahrens stehende Schuldner mit seinem Verwertungs-substrat während der ganzen Dauer der Zwangsexekution der gleiche bleibt (4, 5).

III. Prorogation insbesondere

Die gleichen Ueberlegungen, die zur Begründung eines einheitlichen Gerichtsstandes am Betreibungsorte drängen, verbieten eine Gerichtsstandsvereinbarung. Das Verfahren ist ja nicht Selbstzweck, sondern es will den daran beteiligten Personen helfen, ihre Forderungen durchzusetzen. Dies bedingt Gleichbehandlung aller Gläubiger und auch Dritter, die zwar an der Zwangsvollstreckung nicht unmittelbar beteiligt, die aber am Vermögen des Gemeinschuldners Rechte geltend machen und daher an Be-

1) Vgl. vorne, 74 ff.

2) Vgl. vorne, 76 ff.

3) Vgl. die Folgen einer Wohnsitzveränderung des Schuldners während der Betreibung bei Walder, Tafel 20.

4) Daraus ergibt sich das *forum continentiae ex identitate fundamentali personali*.

5) Vgl. vorne, 10.

wahrung des Zustandes, wie er sich vor der Betreibung präsentiert hat, interessiert sind. Dazu kommen die Interessen der Öffentlichkeit (1). Der Staat als Hüter der Rechtsordnung muss bei Missachtung des Rechtes für die Wiederherstellung der gestörten Ordnung besorgt sein (2).

Läge die Zuständigkeitsbestimmung in der Verfügungsfreiheit der unmittelbar betroffenen Parteien, so wäre Gleichbehandlung aller Betroffenen, auch der Betreibung ferner stehender, nicht mehr gewährleistet. Die Kompetenz der Gerichte am Betreibungs- oder Konkursorte muss deshalb zwingend und ausschliesslich sein. Dem Gerichtsstand am Exekutionsorte sollte nicht derogiert werden können (3).

§ 8 Begehren und einseitige Verfügungen

I. Arrest-, Ausweisungs- und Nachlassbegehren

Das SchKG bezeichnet die sachlich zuständigen Behörden, die ein Begehren um Arrest gemäss Art. 272, um sofortige Ausweisung von Mietern und Pächtern gemäss Art. 282 oder um Bewilligung eines Nachlassverfahrens gemäss Art. 293 zu bewilligen haben, nicht. Die Kantone sind deshalb gemäss Art. 23 SchKG frei, Gerichts- oder Verwaltungsbehörden mit der Erledigung dieser Begehren zu beauftragen.

-
- 1) "Die Exekution ist niemals reine Privatsache oder Parteiangelegenheit; jedes Exekutionsverfahren – und wären seine Dimensionen noch so unscheinbar – berührt immer auch das Gesamtinteresse, und zwar ganz nahe", Haab, Revision 253.
 - 2) Vgl. Hauser, 1.
 - 3) Im Kanton Zürich dagegen sind die Gerichtsstände für betreibungsrechtliche Klagen nicht zwingend, soweit die Klagen nicht nach Bundesrecht im summarischen oder beschleunigten Verfahren am Orte der Betreibung, des Konkurses, des Arrestes oder der Retention zu erheben sind. Vgl. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 9.

Dagegen ergibt sich die örtliche Zuständigkeit der Behörden aus dem SchKG, weil es den Ablauf dieser Verfahren regelt. Daraus resultiert, dass jene Behörden zwingend kompetent sind, wo sich der zu verarrestierende Gegenstand befindet, wo die Mietsache liegt oder diejenige am Betreibungs- oder Konkursorte.

II. Einseitige Verfügungen

Gerichte werden während eines Exekutionsverfahrens hauptsächlich zur Abklärung strittiger Rechtsverhältnisse angerufen. Daneben haben die Richter aber auch Massnahmen anzuordnen, die sich auf die wirtschaftliche Lage des Schuldners recht bedrängend auswirken können und die deshalb nicht einfach von Vollstreckungsbeamten angeordnet werden dürfen. Die Anordnung derartiger Massnahmen muss durch eine gerichtliche Stelle erfolgen, weil ihr die Prüfung bestimmter Voraussetzungen vorausgeht. Wo solche Massnahmen zu ergreifen sind, erscheinen die Gerichte nicht als losgelöste, selbständig operierende Instanzen, sondern als Organe der Vollstreckungsbehörden (1), denn ihr Entscheid ist für den Beginn der Exekution Voraussetzung oder – ist die Betreuung einmal angehoben – für den weiteren Verlauf des Verfahrens richtungsweisend. Die Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit finden sich daher bei den gewöhnlichen betreibungsrechtlichen Normen über den Betreibungsort gemäss Art. 46 ff. SchKG (2).

Die einseitigen gerichtlichen Verfügungen des SchKG beziehen sich ausnahmslos auf die Konkursbetreuung (3). Der Richter prüft, ob die Voraussetzungen gegeben seien, um

1) Vgl. Blumenstein, 110.

2) Vorne, 77 f.

3) Vgl. Blumenstein, 110.

1. vorsorgliche Massnahmen vor der Konkurseröffnung zu treffen (1),
2. dem Konkursbegehren nach vorgängiger Betreibung oder ohne eine solche stattzugeben (2),
3. den Konkurs zu widerrufen (3),
4. die Verlassenschaftsliquidation oder das Konkursverfahren einzustellen (4),
5. ein summarisches Konkursverfahren anzuordnen (5) oder
6. das Konkursverfahren zu schliessen (6).

Alle diese Vorkehren sind rein betreibungsrechtlicher Natur und betreffen materiellrechtliche Verhältnisse überhaupt nicht. Sie sind daher zwingend und ausschliesslich am Exekutionsorte anzuordnen.

1) Art. 162, 170, 183 SchKG.

2) Sog. Konkurserkenntnis. Art. 172, 189, 190 ff. SchKG.

3) Art. 195 SchKG.

4) Art. 196, 230 SchKG.

5) Art. 231 SchKG.

6) Art. 268 SchKG.

ANHANG:

Gerichtsstandsbestimmungen in den kantonalen
Zivilprozessordnungen

<u>Legende:</u>	---	keine ausdrückliche Bestimmung = ordentliches Forum
	BO	Betreibungsort
	KO	Konkursort
	WO	Wohnort des Beklagten
	frs	forum rei sitae
	uV	ausdrücklich geschrieben: unter Vorbehalt
	nz	nicht zwingend
	z	zwingend

Widerspruchsklagen (Art. 107, 109 (155) SchKG) (1)

Aargau	---					nz
Appenzell A. -Rh.	Art. 40	Ziff. 5+6	ZPO: BO (2)			z
Appenzell I. -Rh.	Art. 31	Ziff. 2	ZPO: BO uV frs			z
Basel-Landschaft	§ 27	Abs. 1	ZPO: BO (3)			z
Basel-Stadt	---					nz
Bern	Art. 32	Ziff. 2	ZPO: BO			nz (4)
Freiburg	Art. 70	lit. b	ZPO: BO			nz
Genf	---					nz
Glarus	Art. 7	Ziff. 4	ZPO: BO			z
Graubünden	---					nz
Jura	Art. 31	Ziff. 2	ZPO: BO			nz
Luzern	§ 46		ZPO: BO (3)			z
Neuenburg	---					nz
Nidwalden	§ 12	Ziff. 2	ZPO: BO (4)			z
Obwalden	Art. 20	lit. b	ZPO: BO uV frs			z
St. Gallen	Art. 89	Ziff. 5	ZPO: BO			z
Schaffhausen	Art. 64	Ziff. 5	ZPO: BO			z
Schwyz	§ 9	Abs. 1	ZPO: BO (4)			z
Solothurn	§ 20	lit. a	ZPO: BO			z
Tessin	Art. 20	Abs. 1	ZPO: BO			z
Thurgau	§ 16		ZPO: BO			z
Uri	§ 41	lit. a	ZPO: BO (3)			z
Waadt	Art. 53	Ziff. 7	ZPO: BO frs			z
Wallis	Art. 16	Ziff. 3	ZPO: BO			z
Zug	§ 6	Ziff. 2	ZPO: BO			nz
Zürich	§ 9	Abs. 1	ZPO: BO (4)			nz

- 1) Interkantonale geht der Sachort dem Betreibungsorte vor (vgl. Anm. 4), ebenso der Wohnort des Beklagten bei Forderungen nach Art. 109 SchKG.
- 2) Widerspruchsklagen gemäss Art. 109 SchKG gegen einen im Ausland wohnhaften Beklagten sind nur unter dem Vorbehalte des *forum rei sitae* am Betreibungsorte anzuheben.
- 3) Nur Klagen nach Art. 107 SchKG.
- 4) Widerspruchsklagen, die sich gegen den Inhaber des Gewahrsams an der gepfändeten Sache richten, sind am Orte der gelegenen Sache zu erheben, wenn der Betreibungsort in einem anderen Kanton liegt.

<u>Anschlussklage</u>	(Art. 111 Abs. 3 SchKG)				
Aargau	---				nz
Appenzell A. -Rh.	Art. 40	Ziff. 3	ZPO: BO		z
Appenzell I. -Rh.	---				nz
Basel-Landschaft	§ 27	Abs. 3	ZPO: BO		z
Basel-Stadt	---				nz
Bern	Art. 32	Ziff. 1	ZPO: BO		nz (1)
Freiburg	Art. 70	lit. a	ZPO: BO		nz
Genf	---				nz
Glarus	Art. 7	Ziff. 4	ZPO: BO		z
Graubünden	---				nz
Jura	Art. 31	Ziff. 1	ZPO: BO		nz
Luzern	---				nz
Neuenburg	---				nz
Nidwalden	---				nz
Obwalden	Art. 20	Abs. 2	ZPO: BO		z
St. Gallen	Art. 89	Ziff. 3	ZPO: BO		z
Schaffhausen	Art. 64	Ziff. 3	ZPO: BO		z
Schwyz	§ 9	Abs. 1	ZPO: BO		z
Solothurn	§ 20	lit. b	ZPO: BO		z
Tessin	Art. 20	Abs. 1	ZPO: BO		z
Thurgau	§ 15	Ziff. 2	ZPO: BO		z
Uri	§ 41	lit. c	ZPO: BO		z
Waadt	Art. 53	Ziff. 8	ZPO: BO		z
Wallis	---				nz
Zug	§ 6	Ziff. 1	ZPO: BO		z
Zürich	§ 9	Abs. 1	ZPO: BO		z

1) Gemäss Leuch, N 2 zu Art. 32, ist der Gerichtsstand am Betreibungsorte zwingend.

Aussonderungsklage (Art. 242 Abs. 2 SchKG)

Aargau	---				nz
Appenzell A. -Rh.	Art. 40	Ziff. 2	ZPO: KO		z
Appenzell I. -Rh.	Art. 31	Ziff. 4	ZPO: KO		z
Basel-Landschaft	---				nz
Basel-Stadt	---				nz
Bern	Art. 32	Ziff. 2	ZPO: KO		nz
Freiburg	Art. 70	lit. b	ZPO: KO		z
Genf	---				nz
Glarus	Art. 7	Ziff. 7	ZPO: KO		z
Graubünden	Art. 24	Abs. 1	ZPO: KO		z
Jura	Art. 31	Ziff. 2	ZPO: KO		nz
Luzern	§ 46		ZPO: KO		z
Neuenburg	---				nz
Nidwalden	§ 12	Ziff. 4	ZPO: KO		z
Obwalden	Art. 20	lit. c	ZPO: KO		z
St. Gallen	Art. 89	Abs. 2	ZPO: KO		z
Schaffhausen	Art. 65		ZPO: KO		z
Schwyz	§ 9	Abs. 1	ZPO: KO		nz
Solothurn	§ 20	lit. a	ZPO: KO		z
Tessin	Art. 20	Abs. 1	ZPO: KO		z
Thurgau	§ 17	Ziff. 1	ZPO: KO		z
Uri	§ 41	lit. a	ZPO: KO		z
Waadt	Art. 53	Ziff. 9	ZPO: KO		z
Wallis	---				nz
Zug	§ 6	Ziff. 3	ZPO: KO		z
Zürich	§ 9	Abs. 1	ZPO: KO		nz

Klage auf Rückbringung heimlich oder gewaltsam fortgeschaffter Reten-
tionsgegenstände (Art. 284 SchKG)

Aargau	§	12	lit.	a	ZPO: frs	z
Appenzell A. -Rh.	Art.	38	Abs.	2	ZPO: frs/WO	nz
Appenzell I. -Rh.	Art.	25			ZPO: frs/WO	nz
Basel-Landschaft	§	22	Abs.	2	ZPO: frs/WO	z
Basel-Stadt	§	2			ZPO: frs	z
Bern	Art.	32	Ziff.	4	ZPO: BO	nz
Freiburg	Art.	70	lit.	d	ZPP: BO	nz
Genf	---					nz
Glarus	---					nz
Graubünden	Art.	23	Abs.	2	ZPO: frs/WO	nz
Jura	Art.	31	Ziff.	4	ZPO: BO	nz
Luzern	§	39	Abs.	2	ZPO: frs/WO	z
Neuenburg	---					nz
Nidwalden	§	11	Abs.	1	ZPO: frs	nz
Obwalden	Art.	20	Abs.	2	ZPO: BO	z
St. Gallen	Art.	93	Ziff.	3	ZPO: frs/WO	nz
Schaffhausen	Art.	59			ZPO: frs/WO	nz
Schwyz	§	9	Abs.	1	ZPO: BO	z
Solothurn	§	20	lit.	d	ZPO: BO	z
Tessin	Art.	20	Abs.	1	ZPO: BO	z
Thurgau	---					nz
Uri	§	41	lit.	e	ZPO: BO	z
Waadt	Art.	53	Ziff.	10	ZPO: frs	z
Wallis	Art.	17			ZPO: frs/WO	nz
Zug	§	5	Abs.	2	ZPO: frs/WO	z
Zürich	§	9	Abs.	1	ZPO: BO	z

Anfechtungsklagen (Art. 285 ff. SchKG)

Aargau	---				nZ
Appenzell A. -Rh.	Art. 38	Abs. 2	ZPO: frs/WO		nZ
Appenzell I. -Rh.	---				nZ
Basel-Landschaft	§ 30		ZPO: WO, uV frs		z
Basel-Stadt	---				nZ
Bern	Art. 32	Ziff. 5	ZPO: BO		nZ
Freiburg	Art. 70	lit. e	ZPO: BO		nZ
Genf	---				nZ
Glarus	---				nZ
Graubünden	---				nZ
Jura	Art. 31	Ziff. 5	ZPO: BO		nZ
Luzern	---				nZ
Neuenburg	---				nZ
Nidwalden	---				nZ
Obwalden	Art. 20	lit. e	ZPO: BO		z
St. Gallen	---				nZ
Schaffhausen	---				nZ
Schwyz	---				nZ
Solothurn	---				nZ
Tessin	Art. 20	Abs. 1	ZPO: BO		z
Thurgau	---				nZ
Uri	§ 41	lit. f	ZPO: BO		z
Waadt	---				nZ
Wallis	---				nZ
Zug	---				nZ
Zürich	---				nZ

Lebenslauf

Ich wurde am 7. November 1951 in Brugg geboren. Da und in Aarau durchlief ich die Schulen und bestand im Frühling 1971 die Matur B. Im Sommer 1975 erwarb ich an der Universität Zürich das Lizentiat beider Rechte. Ich arbeitete anschliessend an der Dissertation, bei einem Fürsprecher in Baden, in der Schweizer Delegation der Neutralen Waffenstillstands-Ueberwachungskommission in Korea (1977), am Bezirksgericht Zofingen (1979) und genoss dazwischen die Ausbildung zum Hauptmann. Im Sommer 1980 schloss ich das Studium mit dem Doktorat ab.

